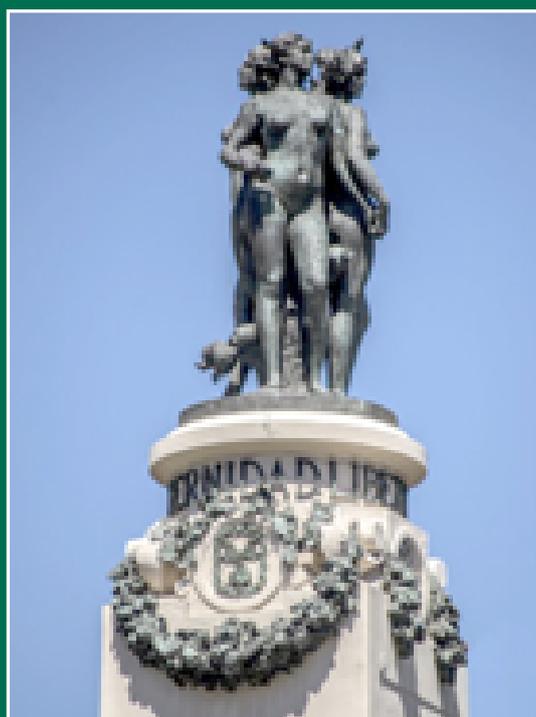


MARÍA DE LA PAZ PANDO BALLESTEROS,  
PEDRO GARRIDO RODRÍGUEZ,  
ALICIA MUÑOZ RAMÍREZ (EDS.)

**EL CINCUENTENARIO  
DE LOS PACTOS INTERNACIONALES  
DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU.  
LIBRO HOMENAJE A LA PROFESORA  
M<sup>a</sup>. ESTHER MARTÍNEZ QUINTEIRO**



Ediciones Universidad  
**Salamanca**

MARÍA DE LA PAZ PANDO BALLESTEROS,  
PEDRO GARRIDO RODRÍGUEZ,  
ALICIA MUÑOZ RAMÍREZ (EDS.)

**EL CINCUENTENARIO  
DE LOS PACTOS INTERNACIONALES  
DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU.  
LIBRO HOMENAJE A LA PROFESORA  
M<sup>a</sup>. ESTHER MARTÍNEZ QUINTEIRO**



Ediciones Universidad  
**Salamanca**

## AQUILAFUENTE, 243

©

Ediciones Universidad de Salamanca  
y los autores

Motivo de cubierta: (detalle)  
Monumento a Emilio Castelar, Madrid, Mariano Benlliure, 1908

1ª edición: febrero, 2018  
ISBN: 978-84-9012-850-3 (PDF)

Ediciones Universidad de Salamanca  
Plaza San Benito s/n  
E-37002 Salamanca (España)  
<http://www.eusal.es>  
[eus@usal.es](mailto:eus@usal.es)

*Hecho en la UE-Made in EU*

Composición:  
María de la Paz Pando Ballesteros,  
Pedro Garrido Rodríguez,  
Alicia Muñoz Ramírez

*Todos los derechos reservados.  
Ni la totalidad ni parte de este libro  
puede reproducirse ni transmitirse sin permiso escrito de  
Ediciones Universidad de Salamanca.*

Ediciones Universidad de Salamanca es miembro de la UNE  
Unión de Editoriales Universitarias Españolas  
[www.une.es](http://www.une.es)



CEP. Servicio de Bibliotecas

El CINCUENTENARIO de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU :  
libro homenaje a la profesora Ma. Esther Martínez Quinteiro / María de la Paz Pando Ballesteros,  
Pedro Garrido Rodríguez, Alicia Muñoz Ramírez (eds.).  
– 1a. ed., febrero 2018.–Salamanca : Ediciones Universidad de Salamanca, 2018

1 recurso en línea (1918 p.) : PDF. –( Aquilafuente ; 243)

Actas de congreso

Título tomado de la portada del PDF

Textos en español y portugués

Modo de acceso: www. URL: <http://edicionesusal.com/978-84-9012-850-3/>

1. Derechos humanos-Historia-Discursos, ensayos, conferencias.
2. Derecho humanos-Historia-Congresos. 3. Martínez Quinteiro, María Esther-Discursos, ensayos, conferencias. I. Martínez Quinteiro, María Esther, homenajeado. II. Pando Ballesteros, María de la Paz, editor. III. Garrido Rodríguez, Pedro, editor. IV. Muñoz Ramírez, Alicia, editor.

341.231.14(091)(063):082.2 Martínez Quinteiro, María Esther

# ÍNDICE

Introducción.....	13
-------------------	----

## TRAYECTORIA CURRICULAR DE LA PROFESORA M<sup>a</sup>. ESTHER MARTÍNEZ QUINTEIRO

<i>La trayectoria de la Profesora M<sup>a</sup>. Esther Martínez Quinteiro y la Escuela de Estudios Interdisciplinarios de Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca</i> María de la Paz Pando Ballesteros.....	49
--	----

<i>Esther Martínez Quinteiro, una adelantada en la lucha contra la violencia de género</i> M <sup>a</sup> Concepción Romero Quintana .....	73
---	----

## CONFERENCIA INAUGURAL

<i>Avatares del discurso internacional de los Derechos Humanos de la ONU. Derivas y alternativas</i> María Esther Martínez Quinteiro.....	79
--	----

## PONENCIAS

I. METODOLOGÍA PARA EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	109
--	-----

<i>Metodología del Derecho Comparado e Derechos Humanos</i> José Caramelo Gomes y María Manuela Magalhães Silva .....	111
--	-----

<i>Crime organizado internacional: Análise jurídico-penal</i> Ana Luiza Almeida Ferro .....	123
--	-----

II. PASADO Y PRESENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS, MIRANDO AL FUTURO. ALGUNOS DESARROLLOS COYUNTURALES.....	139
---	-----

<i>Pasado presente y futuro de la idea de los Derechos Humanos</i> Martín Agudelo Ramírez .....	141
--	-----

<i>Volver al inicio. La I<sup>a</sup> República en Salamanca revisitada</i> Santiago Díez Cano .....	155
---	-----

<i>Los Derechos Humanos en España durante la legislatura 2011-2015</i> Guillermo Castán Lanaspa.....	167
---	-----

III. DEFENSORES DE LOS DERECHOS HUMANOS. FIGURAS SEÑERAS.....	179
---	-----

<i>Las bases del derecho penal en Francisco de Vitoria</i> Cláudio Brandão .....	181
---	-----

<i>Eugenio María de Hostos: Activista y pensador de los Derechos Humanos en la América Hispana del Siglo XIX</i> Ramón Antonio Guzmán .....	197
--	-----

IV. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EUROPA Y EN BRASIL .....	211
<i>Os Direitos Humanos na União Europeia</i>	
Isabel Baltazar .....	213
<i>A diversidade linguística na União Europeia</i>	
Ana Raquel Aguiar y Dora Resende Alves .....	233
<i>A política pública judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses no Brasil</i>	
Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino .....	247
V. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN, UNA ÚTIL HERRAMIENTA.....	265
<i>El impacto de la movilización contra educación para la ciudadanía y los Derechos Humanos en los libros de texto</i>	
Alicia Muñoz Ramírez.....	267
<i>La situación de la educación en Derechos Humanos en Brasil en el contexto de los 50 años de los Pactos de Derechos Humanos de la ONU</i>	
Celma Tavares .....	281
<i>Bodas de oro de los Pactos PIDESC y PIDCP y la imagen crítica de los Derechos Humanos y de la educación en Brasil a través del humor</i>	
Racquel Valério Martins.....	297
<i>Controvérsias de/para uma educação integral: Tendências inclusivas ou exclusivas?</i>	
Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti y Antonio Carlos da Silva.....	325
<i>Direitos humanos em uma sociedade disciplinar?</i>	
José Euclimar Xavier de Menezes y Ana Cláudia Carvalho Campina.....	341
VI. DIMENSIONES DE LA LIBERTAD: LOS DERECHOS DE INMIGRANTES Y REFUGIADOS .....	359
<i>La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares a los 25 años de su existencia</i>	
Raúl Hirakawa Andía .....	361
<i>Derechos humanos y Refugio. Desde un modelo iberoamericano de Derechos Humanos</i>	
Fernando Rovetta Klyver.....	375
<i>Crisis humanitaria de refugiados, cooperación internacional y desarrollo e integración europea</i>	
Pedro Garrido Rodríguez.....	389
VII. EL DERECHO A LA CULTURA.....	405
<i>Diversidade e diálogo intercultural</i>	
Maria Manuela Tavares Ribeiro .....	407
VIII. DERECHOS DE LAS MUJERES.....	417
<i>Transgeneridad y prostitución en Hermosillo, Sonora (México): Un derecho a ser</i>	
Dominique Gay-Sylvestre .....	419

<i>O Conselho Nacional Das Mulheres Portuguesas</i> Zília Osório de Castro.....	431
<i>As mulheres portuguesas e a humanização da Guerra (1914-1918)</i> Natividade Monteiro .....	441
<i>Cincuenta años de Derechos Humanos: La maternidad en España</i> María Dolores Calvo Sánchez y María Dolores Martín Calvo.....	459
<i>Universidad e igualdad efectiva de mujeres y hombres</i> Enrique Cabero Morán .....	479
<i>Las políticas laborales de género en Castilla y León. Enfoque Derechos Humanos.</i> 1994-2015 M <sup>a</sup> . Luz Vaquero Pinto .....	495
<i>Políticas Públicas y marco normativo e institucional de apoyo a la mujer en el mundo rural de Castilla y León</i> María Josefa García Cirac y Luis Heredero Ortiz de la Tabla.....	509
<b>VIII.1. VIOLENCIA DE GÉNERO VERSUS IGUALDAD .....</b>	<b>525</b>
<i>Políticas Públicas para uma resposta integral contra a violência de gênero</i> Lais Locatelli .....	527
<i>Violência de Género em Portugal: A defesa dos Direitos Humanos</i> Isabel Dias .....	541
<i>Tratamiento de las noticias de violencia de género y agresiones sexuales en las televisiones generalistas españolas. Estudio de caso: Los Sanfermines, 2016.</i> Begoña Gutiérrez San Miguel y M <sup>a</sup> Luisa Ibáñez Martínez.....	555
<b>IX. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS .....</b>	<b>573</b>
<i>Los derechos sexuales en una sociedad democrática</i> Félix López Sánchez.....	575
<i>A evolução político-legislativa do aborto em Portugal e o respeito dos direitos da mulher e da cidadã</i> João Paulo Borges Bichão .....	591
<b>X. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....</b>	<b>607</b>
<i>La vulnerabilidad de las personas con discapacidad como víctimas de violencia</i> Javier García Medina.....	609
<b>XI. DERECHOS DE LOS INDÍGENAS .....</b>	<b>627</b>
<i>Os Direitos Humanos, a antropologia e a sobreculturalidade</i> Daniel Valério Martins y Jesús M. Aparício Gervás.....	629
<i>Direitos Humanos de crianças indígenas Kaiowá e Guaraní. Circularidade e os desafios da educação tradicional</i> José Paulo Gutiérrez y Antonio Hilário Aguilera Urquiza.....	643

XII. EL DERECHO AL DISFRUTE DE UN MEDIO AMBIENTE SALUDABLE.....	661
<i>Entendendo o desenvolvimento sustentável à luz dos Direitos Fundamentais de Terceira Geração</i>	
Renato Alves Vieira de Melo .....	663
<i>Los nuevos objetivos de las Naciones Unidas a quince años vista</i>	
José María Enríquez Sánchez .....	673
<i>Los problemas del agua en los países desarrollados</i>	
Jesús Piñuela Martín .....	683
XIII. CIBERSEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS .....	697
<i>O direito à privacidade nas comunicações eletrónicas: comunicações não solicitadas e proteção do consumidor</i>	
Fernanda Rebelo .....	699
<i>La privacidad en internet desde el punto de vista de la ética de la información</i>	
Genaro Luis García López .....	717

## COMUNICACIONES

I. SISTEMAS E INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONALES .....	737
<i>Desafíos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos</i>	
Karen G. Añaños Bedriñana .....	739
<i>El desarrollo de las reparaciones emitidas por la Corte Interamericana en los casos de tortura, una mayor protección y prevención</i>	
Arnelle Rolim Peixoto .....	755
<i>A CEDH, como fonte de direito europeu (avanços e recuos)</i>	
Ana Cristina dos Santos Alves Pinto .....	767
<i>Nuevas herramientas para la protección de los defensores de Derechos Humanos: Las intervenciones internacionales no-violentas</i>	
Diego Checa Hidalgo.....	777
II. LITERATURA Y PINTURA COMO INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	791
<i>La historia, el relato y el ser del hombre: Don Quijote de la Mancha</i>	
José M <sup>a</sup> Arbizu.....	793
<i>Anatomía y transformación de la realidad: un discurso plástico en torno a los Derechos Humanos</i>	
Francisco Marcos Palomo Ramos .....	807
III. CONFLICTOS Y TRANSGRESIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS. DE LA DICTADURA A LA DEMOCRACIA.....	823
<i>La rebelión del Rif (1958-1959) y las violaciones de Derechos Humanos</i>	
Camilo Herrero García .....	825

<i>Refugiados y desplazados durante la guerra de El Salvador desde los análisis de Segundo Montes</i> Arancha Jiménez Gutiérrez.....	841
<i>La violación de los Derechos Humanos contra el movimiento cooperativo campesino en la Araucanía durante la dictadura cívico militar en Chile (1973-1990)</i> Gonzalo Alexis Padilla Vilches .....	857
<i>El discurso de los Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial: Orígenes, evolución y problemáticas recientes</i> Ana Bartol Gutiérrez.....	871
<i>El papel de los Derechos Humanos en la Transición española</i> José J. Jiménez Sánchez .....	885
<i>Represión en el Sáhara occidental: Derechos Humanos en disputa</i> Santiago Gimeno Pelegay .....	893
<i>La instrumentalización del contencioso gibraltareño en detrimento de los Derechos Humanos (2006-2014)</i> Miguel Ángel Molinero Pérez .....	909
IV. MANIFESTACIONES DE LA LIBERTAD .....	929
IV.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	931
<i>Libertad de expresión: ¿Realidad o utopía? Una perspectiva comparada entre España y los Países Latinoamericanos</i> Francisco Peiró Canet .....	933
<i>A liberdade de expressão e o direito à informação: O caso do jornal Gazeta do Povo</i> M <sup>a</sup> do Socorro Tomaz Palitó Santos y Ada Kesea Guedes Bezerra .....	945
IV.2. LIBERTAD DE MOVIMIENTO Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES .....	957
<i>El alcance (de)limitado del sistema internacional de protección de los Derechos Humanos ante la actual crisis migratoria en la Unión Europea</i> Encarnación La Spina .....	959
<i>Ineficaz actuación de la Unión Europea ante la actual crisis de refugiados</i> Virginia Díaz Hervella.....	973
<i>¿Migrantes o refugiados? migración y Derechos Humanos en la frontera sur de México</i> Rodrigo Alonso Barraza García.....	987
<i>A lei da nacionalidade portuguesa e a cidadania como instrumento de integração</i> Fernanda de Andrade Freire Lima .....	1003
<i>A feminização do trabalho migrante: Da cegueira total a uma visibilidade parcial</i> Isabelle Dias Carneiro Santos y Getúlio Raimundo de Lima .....	1015
IV.3. LIBERTAD PERSONAL Y LÍMITES DE LA AUTODETERMINACIÓN INDIVIDUAL .....	1031
<i>Dimensões do trabalho em condições análogas às de escravo: Reflexão dos aspectos sociais e jurídicos no Brasil</i> Geysa Adriana Soares Azevedo.....	1033

<i>Restricción del derecho a la libertad, uso de la fuerza en el ámbito sanitario</i> Ángel Hernández García y Silvia Hernández Herrero .....	1045
<b>IV.4. EL DERECHO A LA FAMILIA Y A LAS LIBERTADES SEXUALES Y REPRODUCTIVAS .....</b>	<b>1053</b>
<i>Direito ao amor no ordenamento jurídico</i> Sabrina Gomes Freitas y Tânia da Silva Trilha .....	1055
<i>Poliamor: Da aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais à legitimidade jurídica das uniões múltiplas e seus efeitos</i> Caroline Buarque Leite de Oliveira .....	1071
<i>Embrión es tudo lo que todos ya fomos: La reproducción medicamente asistida en lo contexto Ibérico</i> João Proença Xavier .....	1085
<i>Gestação de substituição. Direitos ou deveres adquiridos das mulheres?</i> Helena Ferreira y Aline Ferreira .....	1097
<b>V. MANIFESTACIONES DE LA IGUALDAD .....</b>	<b>1113</b>
<b>V.1. IGUALDAD DE GÉNERO.....</b>	<b>1115</b>
<i>El tratamiento de la figura de la Geisha en las producciones cinematográficas norteamericanas</i> Amalfy Fuenmayor Noriega .....	1117
<i>O discurso internacional dos Direitos Humanos e da Igualdade de Gênero pelos líderes católicos e evangélicos no Brasil</i> Larissa Maria de Queiroz.....	1135
<i>Foro Social Mundial y feminismos: Aliados para la defensa de los Derechos Humanos desde la perspectiva de género</i> Lorena García Saiz .....	1145
<i>Caracteres y evolución del feminismo chileno en un ambiente hostil. (Inicios del Siglo XX hasta la actualidad)</i> Rogelio Álvarez Vicente.....	1159
<i>A trajetória de luta da mulher brasileira pela igualdade de direitos</i> Carla Janielle Paiva do Nascimento y Flavia Roberta Gusmão Oliveira .....	1173
<i>Mulheres na política, do desejo à realidade. Igualdades e desigualdades</i> Olívia de Carvalho y Elza Pais .....	1189
<b>V.2. VIOLENCIA POR RAZÓN DE GÉNERO VERSUS IGUALDAD .....</b>	<b>1199</b>
<i>El discurso como perpetuador de la violencia</i> María Auxiliadora León Molina .....	1201
<i>Tratados internacionales específicos para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer: La Convención de Belém do Pará y el Convenio de Estambul.</i> Carmen Mercado Carmona.....	1217

<i>O Estado e sua intervenção frente à violência contra mulher no lar: um olhar para as legislações brasileira e espanhola</i> Paloma B. da Silva, Paula T. da Silva y Flávia R. Gusmão Oliveira .....	1233
<i>Justicia y responsabilidad en el dispositivo chileno de protección a las mujeres víctimas de violencia: Puesta en jaque del derecho de igualdad</i> Gloria Cáceres Julio .....	1249
<i>Breve análisis de la violencia sexual en los conflictos armados: Bosnia, Colombia e Isis</i> Sandra Heras Contreras .....	1265
<i>A decisão Akayesu: Um marco histórico na jurisprudência dos Direitos Humanos</i> Tatiana Morais .....	1281
<i>La violencia hacia las mujeres en el ámbito laboral: Acoso sexual y acoso por razón de sexo</i> Virginia Carrera Garrosa .....	1293
<i>Discriminação em função da identidade de género. Um ultraje à dignidade da pessoa</i> Ana Paula Guimarães .....	1307
<i>La discriminación en el trabajo por razón de orientación e identidad sexual. La igualdad como derecho fundamental en el derecho laboral español y comunitario</i> Jonathan Lema Touriñán .....	1323
<i>Movilización del colectivo transexual en España (2008 – 2016)</i> Mauro Cibeira Rey .....	1337
<b>V.3. DERECHO A LA SEGURIDAD: ALGUNAS DIMENSIONES.....</b>	<b>1353</b>
<i>Segurança Pública do Brasil: A Dicotomia civil/militar</i> João da Matta Medeiros Neto y Rute Leite Medeiros .....	1355
<i>La pena de cárcel, como paradigma de evolución, en un sistema de justicia inacabado. Trayectos, para un sistema prisionero humanista</i> Marco Ribeiro Henriques .....	1371
<i>O serial killer dentro do direito penal brasileiro: O Caso dos Meninos Emascarados do Maranhão e de Altamira</i> Carlo Dimitri Martins e Arruda .....	1383
<b>V.4. DERECHO AL TRABAJO .....</b>	<b>1399</b>
<i>Cortes orçamentários aplicados à justiça do trabalho brasileira em 2016: A violação e a restrição aos direitos sociais trabalhistas</i> Theanna de Alencar Borges .....	1401
<b>V.5. DERECHO A LA EDUCACIÓN.....</b>	<b>1413</b>
<i>O direito fundamental à educação</i> Douglas Predo Mateus y Luis Carlos Costa .....	1415
<i>Educación de jóvenes y adultos como un derecho humano: El papel del currículo</i> Aida Maria Monteiro Silva y Graça dos Santos Costa .....	1431
<i>Política Pública na perspectiva da inclusão social dos jovens</i> Cristiane Maria Monteiro Silva .....	1445

<i>Educação, Direitos Humanos, vulnerabilidade social e adolescentes em conflito com a lei</i> Márcia Regina Mocelin y Naura Syria Carapeto Ferreira .....	1457
<i>O direito à educação em Direitos Humanos no currículo escolar: Vivências oriundas da prática pedagógica de professores do ensino médio no estado de Pernambuco-Brasil</i> Maria Perpétua Teles Monteiro y Mario Medeiros .....	1475
<i>Resiliências e novas representações sociais em alunos(as) do ensino fundamental: Análise teórica do Curso Gênero e Diversidade na Escola</i> Carla Marina Neto das Neves Lobo.....	1491
<i>La música: Un instrumento de creación, de construcción de identidad, de educación y de diálogo en el contexto de los Derechos Humanos de Segunda y Tercera Generación</i> Laura Touriñán Morandeira.....	1509
<i>Educação do campo como direito humano: Uma conquista dos Povos Do Campo</i> Angela Maria Monteiro da Motta Pires .....	1523
<i>Língua brasileira de sinais e o aluno surdo: Possibilidades do exercício dos Direitos Humanos de uma minoria linguística</i> Priscila Soares Vidal Festa y Rúbia Carla Santi .....	1539
<b>V.6. DERECHO A LA SALUD Y A LA ASISTENCIA .....</b>	<b>1555</b>
<i>Interpretación y avances recientes del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud</i> María Dalli.....	1557
<i>Desarrollo del derecho a la salud en España, derecho a la información clínica</i> Ángel Hernández García y Silvia Hernández Herrero.....	1571
<i>Resolução extrajudicial de conflitos: O desafio da justiça não litigiosa na visão do conselho nacional do ministério público do Brasil e seu impacto sobre o direito à saúde</i> Patrícia Kathy Azevêdo Medrado Alves Mendes.....	1583
<i>Cuando género y salud no son derechos. El caso de las bajas por menstruación desde una aproximación antropológica</i> M <sup>a</sup> . Jesús Girona Magraner.....	1597
<i>Envelhecer na China e o impasse da piedade filial (filial piety)</i> Jaqueline da Silva de Souza.....	1611
<b>V.7. DERECHO A LA CULTURA .....</b>	<b>1629</b>
<i>O Controle de convencionalidade e o infanticídio indígena no Brasil: O caso das crianças indígenas com deficiência</i> Maíra de Paula Barreto y Elflay Miranda.....	1631

VI. DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN. DERECHOS COTIDIANOS.....	1645
VI.1. DERECHOS DE LOS NIÑOS.....	1647
<i>Convenção Sobre Os Direitos Da Criança. Conhecimento e cumprimento</i> Sónia de Carvalho; Dora Resende Alves; Natércia Durão; Carla Santos Pereira; Sérgio Tenreiro Tomás; Daniela Serra Castilhos; Daniela Nascimento; André Pereira Matos y Olívia de Carvalho .....	1649
<i>A Criança Cidadã. Uma Utopia</i> Maria J. Veloso; Ricardo Dias; M <sup>a</sup> Manuela Veloso Correia y Andreia Ramos .....	1661
<i>Viajes, turismo y explotación sexual de la infancia: Una vulneración de los Derechos Humanos en expansión</i> Andrea Gutiérrez García y Estrella Montes López.....	1675
<i>A nova semântica do discurso sobre o estupro e sua eficácia social</i> Anelyse Santos de Freitas .....	1689
<i>Direitos Humanos: Família e o abuso sexual infanto-juvenil</i> Walfrido Menezes.....	1705
<i>O trabalho artístico de crianças e adolescentes no Brasil: Uma análise de sua admissibilidade</i> Maria do Socorro Almeida de Sousa .....	1719
<i>A efetividade das Políticas Públicas de proteção social para as crianças e adolescentes no Brasil</i> Juliana Rodrigues de Souza .....	1731
<i>¿Princesa o superhéroe?: Los catálogos de juguetes como perpetuadores del sexismo y de los estereotipos de género</i> Sandra Luis Sánchez.....	1749
<i>Revisión bibliográfica de la literatura infantil y juvenil sobre igualdad y coeducación: Editoriales y colecciones. Fondos de la Universidad de Salamanca</i> M <sup>a</sup> Concepción Palomo Ramos .....	1761
VI.2. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD .....	1777
<i>La definición de la discapacidad en la Unión Europea: Una cuestión por resolver</i> Maoly Carrasquero Cepeda .....	1779
<i>A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e os seus efeitos no direito brasileiro</i> Alexsandro Rahbani Aragão Feijó y Lucyléa Gonçalves França.....	1793
<i>As alterações na teoria brasileira das incapacidades com o advento da lei n.º 13.146/2015</i> Jamille Morais de Siqueira .....	1807
<i>Pensando padrões epistemicos impostos aos Direitos Humanos: Pessoas com 'deficiência' transtorno do espectro autista</i> Inajara Piedade da Silva.....	1821

<i>Os direitos das pessoas com deficiência e dos idosos. Evolução histórica e a conscientização dos direitos da criança de hoje, adulto e idoso do amanhã</i> Rosangela Lieko Kato.....	1833
VII. DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN. DERECHOS DIFUSOS .....	1843
VII.1. EL MEDIO AMBIENTE Y EL DERECHO A UN DESARROLLO SOSTENIBLE .....	1845
<i>Derecho al desarrollo: Un derecho complejo</i> Bernardo Alfredo Hernández Umaña .....	1847
<i>Reflexões acerca do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol</i> Gisele Bonatti .....	1863
VIII.2. LA CORRUPCIÓN COMO VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	1879
<i>Fraude fiscal, branqueamento de capitais, e terrorismo</i> Gonçalo S. de Melo Bandeira.....	1881
<i>O financiamento das campanhas eleitorais e a minirreforma eleitoral brasileira de 2015</i> Glauco Alves Mendes.....	1899
<i>Reito de igualdade no acesso e na manutenção no sistema bancário</i> Maria Emília Teixeira.....	1913

## INTRODUCCIÓN

María de la Paz Pando Ballesteros  
*Universidad de Salamanca*

El libro "El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a la Profesora M<sup>a</sup>. Esther Martínez Quinteiro", responde a la publicación de las actas del Congreso de carácter internacional, del mismo nombre, que tuvo lugar entre el 4 y el 7 octubre de 2016 y fue organizado en el marco de las actividades del Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea de la Universidad de Salamanca, con la colaboración especial del Vicerrectorado de Investigación, la Facultad de Derecho y el Centro de Estudios Brasileños de dicha Universidad. Era y es nuestra pretensión tributar un merecido homenaje a la trayectoria profesional de la Profesora Martínez Quinteiro, durante más de cuatro décadas vinculada a la Universidad de Salamanca, experta en el estudio de los Derechos Humanos y creadora de una amplia escuela internacional de estudios interdisciplinarios sobre el tema.

Buena parte de los especialistas que participaron en el Congreso, y ahora lo hacen en este libro-homenaje, o han tenido una vinculación directa con el Programa de Doctorado "Pasado y Presente de los Derechos Humanos", creado y dirigido por la Profesora M<sup>a</sup> Esther Martínez Quinteiro, o bien han colaborado con actividades de investigación o con los Congresos Internacionales de Historia de los Derechos Humanos promovidos por ella en colaboración con diversas entidades nacionales e internacionales.

Sirva esta publicación en su honor para reconocer su ingente tarea y su dedicación a la Academia en el sentido más amplio del término, no sólo cumpliendo con su cometido como docente e investigadora y desempeñando cargos de gestión, sino implicándose de forma muy personal en la creación de redes de trabajo internacionales para el estudio de los Derechos Humanos, en la adopción de líneas de investigación pioneras en este campo, en la apertura de temas inéditos, así como en la dirección de numerosos trabajos de investigación a los que se ha dedicado con una abnegación y entrega inusuales, generando, de este modo, una estrecha relación de magisterio y amistad con sus doctorandos y dejando una huella profunda en todos y en cada uno de ellos.

En el año 2016, fecha en la que organizamos el Congreso al que nos venimos refiriendo, se conmemoraba el quincuagésimo aniversario de la firma de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Como es sabido, a ellos se llegaba después de un largo recorrido iniciado tras la II Guerra Mundial, cuando la conciencia de la necesidad de hallar valores compartidos que oponer al fascismo desembocó en la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, a instancias de la Comisión de Derechos Humanos, organizada, dos años antes, por el Comité Económico y Social de las Naciones Unidas, para llevar a cabo los propósitos establecidos en la Carta de Naciones Unidas.

A fin de conseguir que el elenco de Derechos Humanos recogido en la Declaración de 1948 adquiriera rango jurídico vinculante y añadir derechos no explicitados en ella, en 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, convirtiéndose dichos Derechos en principios de obligado cumplimiento para los Estados miembros a partir de 1976, cuando un gran número de países los ratificaron. Después de desarrollar detalladamente algunas de las disposiciones recogidas en los Pactos citados en dos Protocolos Facultativos, estos, junto a la Declaración Universal y los Pactos Internacionales pasaron a constituir la Carta de Derechos Humanos.

Coincidiendo la jubilación de la Profesora Martínez Quinteiro con el aniversario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, organizamos el Congreso, cuyas actas ahora publicamos como Libro-homenaje a la misma, con la intención de reflexionar sobre la Historia de los Derechos Humanos, pero también sobre los debates existentes en torno a su concepto, así como a su naturaleza, su fundamentación, su contenido, el reconocimiento, la protección y la exigibilidad de los mismos, entre otras cuestiones, así como sobre las evidentes dificultades relacionadas con su praxis. La contradicción entre teoría y práctica, esto es, entre reconocimiento y protección real de tales facultades de las personas y de los colectivos, es uno de los grandes retos que se presentan en la actualidad, que no dejaron de abordarse en el Congreso y que aparecen a lo largo de las páginas que siguen, pero lo son también las lagunas jurídicas en materia de Derechos Humanos que deben ser resueltas.

La publicación que presentamos incluye parte de las ponencias invitadas y de las comunicaciones aceptadas por el Comité Científico del Congreso. Dado su carácter

internacional, los textos publicados aparecen tanto en español, como en portugués y “portugués de Brasil”, según el idioma original de los autores.

Tras la introducción, el libro se inicia con un apartado específico que pretende dejar constancia de la trayectoria profesional y personal de la Profesora Martínez Quinteiro, ambos aspectos íntimamente vinculados, pues su dedicación a las diversas facetas de la vida universitarias no le han impedido, en ningún momento, mantener un estrecho compromiso con la defensa de aquellos principios y/o colectivos relacionados con sus temas de investigación y análisis. Dentro de dicho apartado, el capítulo realizado por María de la Paz Pando Ballesteros, Profesora de Historia Contemporánea de la Universidad de Salamanca, Directora del Congreso “El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU en homenaje a la profesora M<sup>a</sup>. Esther Martínez Quinteiro” y editora de estas actas, junto a los Profesores Pedro Garrido Rodríguez y Alicia Muñoz Ramírez, da cuenta de forma sucinta de la intensa trayectoria docente e investigadora de la Profesora Esther Martínez, desarrollada a lo largo de sus cuarenta y siete años de ejercicio de su profesión en la Universidad de Salamanca, así como de sus aportaciones en las líneas de investigación que ha trabajado. Por su parte, las páginas escritas por M<sup>a</sup> Concepción Romero Quintana, Jefa de la Unidad contra la Violencia sobre la Mujer de la Subdelegación del Gobierno en Salamanca, se centran en el compromiso de Esther Martínez Quinteiro con la violencia de género y su labor de extensión universitaria desde la creación del Observatorio Radiofónico de Violencia de Género de la Universidad de Salamanca y la puesta en marcha de varios canales de visibilización y denuncia de dicha lacra social a través de las redes sociales.

En el texto de la Conferencia inaugural del Congreso, a cargo de la homenajeadada, la Profesora Martínez Quinteiro, titulada “Avatares del discurso internacional de los Derechos Humanos de la ONU. Derivas y alternativas”, se sostiene que, tras la Segunda Guerra Mundial, para preservar la paz y la seguridad mundial, la ONU consideró necesario promover un consenso internacional de mínimos sobre valores compartidos (derechos humanos universales). Como la empresa no era fácil, las Naciones Unidas recurrieron, desde el principio, al posibilismo y a la laxitud de los controles, admitiendo, como mal menor, que los Estados pudieran adherirse al integrador conjunto discursivo progresiva y fragmentariamente. Hoy, esta estrategia, que dio resultado para convertir la Declaración Universal de 1948 en un referente de amplio reconocimiento, está favoreciendo la fragmentación de las respuestas de

adhesión de tal modo que amenaza con poner en riesgo la consubstancial universalidad de este constructo, o con desvirtuarlo, cuando es más que nunca necesario en la era de la globalización.

Como es usual entre los miembros de la Escuela de Estudios interdisciplinarios de Derechos Humanos generada por la Profesora Esther Martínez Quinteiro, tales derechos son abordados desde el enfoque de los Derechos Humanos, el análisis del discurso y la Historia comparada. El Catedrático de Derecho y Vicerrector de investigación de la Universidad Portucalense Infante D. Henrique de Oporto, José Caramelo Gomes y la Vicepresidenta de la misma, María Manuela Magalhães Silva, Directora del Departamento de Derecho e Investigadora principal del Instituto Jurídico Portucalense de la citada Universidad, reflexionan sobre el Derecho Comparado y su aplicación a los estudios de Derechos Humanos.

Utiliza la metodología comparada también, en concreto respecto a la legislación penal europea y brasileña, en relación al crimen organizado y a las organizaciones criminales, la Promotora de Justicia del Ministério Público del Estado de Maranhão, Brasil, la doctora Ana Luiza Almeida Ferro, a la que actualmente la Profesora Martínez Quinteiro dirige su investigación posdoctoral.

El lector tiene entre sus manos una obra de carácter interdisciplinar, aunque vertebrada desde la Historia. No en vano los editores de la misma, así como la propia homenajeada, son historiadores. Aunque cada vez es más frecuente el abordaje integral de la Historia de los Derechos Humanos, ésta sigue realizándose frecuentemente desde áreas vinculadas al mundo del Derecho. Es el caso del capítulo realizado por el Catedrático de las universidades Autónoma Latinoamericana y Pontificia Bolivariana de Medellín, Martín Agudelo Ramírez, Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, que estudia la evolución de la idea de los Derechos Humanos. El autor no solo revisa sino que somete a crítica algunos de los postulados del discurso, al tiempo que trata de generar en el lector una reflexión que le permita afianzar o reconsiderar el rumbo de los Derechos Humanos.

De los desarrollos coyunturales de los mismos se ocupan dos historiadores. Santiago Díez Cano, Profesor Titular de Historia Contemporánea de la Universidad de Salamanca, cuya presencia se hace indispensable en este libro-homenaje por el vínculo profesional y personal existente con la Profesora Martínez Quinteiro, aborda la Primera República española desde el ámbito regional y desde la perspectiva del discurso de los

derechos y de las libertades, poniendo de relieve la utilidad de dicho enfoque para entender mejor el caso del cantón salmantino.

El desarrollo de los Derechos Humanos no se ha producido a lo largo de la Historia de forma lineal y continuada, sino mediante un proceso que implica avances y retrocesos. El historiador Guillermo Castán Lanaspá, Coordinador de Amnistía Internacional en Salamanca, analiza el retroceso sufrido en España en derechos económicos y sociales y libertades básicas, entre 2011 y 2015, que vendrían a sumarse, en opinión del autor, a los viejos problemas existentes en el trato a inmigrantes sin papeles, víctimas de la Guerra Civil y del franquismo o la violencia machista, entre otros asuntos.

Figuras señeras en la defensa de los Derechos Humanos, aunque distantes en el tiempo, fueron el Padre Francisco de Vitoria y Eugenio de Hostos, cuyas referencias resultan oportunas aquí. El Profesor Cláudio Brandão, Catedrático de la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais, de la Facultad Damas y de la Universidad Federal de Pernambuco, conocido especialista en la obra del Padre Vitoria, aborda la importancia del pensamiento del ilustre dominico, representante de la Escuela de Salamanca, destacado defensor de los derechos de los indios, habitantes de los territorios conquistados por la Corona de Castilla en el S. XVI y teórico fundamental para la comprensión de la matriz del Derecho Penal actual, al vincularlo al iluminismo penal, forjado como la culminación de un proceso de quiebra de paradigmas por influencia de las posiciones de vanguardia previamente construidas, especialmente aquellas del Derecho Natural racionalistas, que estaban en la base del pensamiento jurídico de la Edad Moderna. Analiza el Profesor Brandão cómo las ideas del Padre Vitoria rompen el paradigma del medioevo y sustituyen el teocentrismo por el antropocentrismo en el campo criminal.

Rememora la figura de Eugenio María de Hostos el Catedrático de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, Ramón Antonio Guzmán. Este especialista en la obra hostosiana nos presenta a Hostos como el puertorriqueño de mayor dimensión antillana y de más relieve universal, así como la figura con mayor influencia en toda la América Hispana. Destaca su labor como Constitucionalista, pensador del Derecho y autor de la primera obra conocida en Latinoamérica en la que se presenta una justificación filosófica de los derechos fundamentales, a la vez que lo define, como un activista del mundo americano, defensor de los derechos de la mujer,

de los pobres, los obreros, los inmigrantes; es decir de los grupos vulnerables que en ocasiones no son minorías, sino mayorías.

En el epígrafe IV se aborda la defensa de los Derechos Humanos tanto en Europa como en Brasil. Los sistemas regionales cumplen un papel nada desdeñable para la defensa de los Derechos Humanos. Isabel Baltazar investigadora postdoctoral de la Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal, miembro del Centro de Estudios Interdisciplinares del Siglo XX (CEIS 20) de la Universidad de Coimbra y del Instituto de Historia Contemporánea de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Nova de Lisboa, se ocupa, en el capítulo de su autoría, de la defensa de los Derechos Humanos en la Unión Europea y de la evolución de dicho proceso hasta desembocar en la Carta de los Derechos Fundamentales. Precisamente, uno de los derechos protegidos en la Unión Europea es el uso de la lengua de cada país miembro, protegido por la jurisprudencia comunitaria, tal como analizan las profesoras de la Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Dora Resende Alves y Ana Raquel Aguiar, como una característica específica de esta organización internacional regional.

Otros mecanismos propios de sistemas democráticos se convierten en útiles herramientas en la defensa de los derechos y las libertades. Tal es el caso del uso de la tutela judicial en el tratamiento de los conflictos de intereses mediante la conciliación, práctica implementada en Brasil como fórmula de superación de los contenciosos con la aspiración de reducir la demanda procesal tradicional, analizada en esta obra por la Profesora de la Universidad Federal de Maranhão, María da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino.

No menos importante para la defensa de los Derechos Humanos resulta la educación. Varios capítulos de esta publicación se centran en las necesarias reflexiones sobre la formulación y los contenidos del “derecho a la educación”, incluidos en el epígrafe V de la primera parte de este libro.

Es sobradamente conocida la importancia de educar para socializar a la población en la defensa y el respeto de los derechos y libertades y asegurar su reconocimiento y aplicación efectivos. Estos son los fines de la “Educación en Derechos Humanos”, EDH, formación recomendada y promovida por la Conferencia Internacional de Educación, organizada por la UNESCO y celebrada en Ginebra entre el 3 y 8 de octubre de 1994. Da cuenta la Profesora y Doctora en Derechos Humanos Alicia Muñoz Ramírez, investigadora de la Universidad de Salamanca, miembro del Seminario Internacional de Historia Contemporánea de los Derechos Humanos,

SIHCDH, y coeditora de esta obra, de que esta educación tropieza con resistencias. Analiza la movilización católica española, entre 2004 y 2011, contra la Ley Orgánica de Educación y la Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, EpC, centrándose en la investigación de las editoriales a las que recurrieron los diferentes centros escolares, durante los años señalados, para surtir de textos con los que desarrollar la EpC en las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha, Castilla y León y Madrid, así como en los contenidos de los libros de texto de estas editoriales, contrastándolos con los contenidos fijados por los Reales Decretos de Enseñanzas Mínimas para Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria, de 2006, y con las demandas y recomendaciones internacionales en materia de educación cívico-democrática y en Derechos Humanos. La situación de la EDH, en Brasil, la ofrece la Profesora de la Universidad Federal de Pernambuco, Celma Tavares, llegando su estudio hasta la actualidad, un momento en el que su país sufre un grave retroceso democrático y en el respeto a los Derechos Humanos.

Por su parte, la Profesora Racquel Valério Martins, de la Facultad ATENEU de Ceará, Fortaleza, realiza un análisis crítico de la evolución del Derecho a la Educación en Brasil a través del humor, un capítulo muy ilustrativo realizado con un tipo de fuente poco explotada por los investigadores pero muy útil para dar cuenta de las diversas realidades sociopolíticas y culturales.

La historiadora Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti y el economista Antonio Carlos da Silva, Profesores de la Universidad Católica de Salvador en Brasil, ven la educación integral la fórmula para el desarrollo de una sociedad humanizada y para la implementación de un efectivo desarrollo de los Derechos Humanos. Pero, la educación no siempre es utilizada a tal fin. José Euclimar Xavier de Menezes Profesor de la UNIFACS y de la Facultad Social de Bahía en Brasil y Ana Cláudia Carvalho Campina, Profesora de la Universidade Portucalense Infante D. Henrique de Oporto, en Portugal, tratan de mostrar, basándose en la obra de Foucault, cómo el poder utiliza los instrumentos de la sociedad del conocimiento para moldear a los ciudadanos en beneficio propio.

Abordamos en un epígrafe específico el desarrollo y los límites de la libertad y de sus manifestaciones. Las dimensiones de la libertad de movimientos y sus límites son puestas a prueba por el drama de la inmigración, analizadas en esta obra por dos especialistas de ámbitos geográficos distintos. El abogado peruano Raúl Hirakawa Andía analiza la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de

Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en el veinticinco aniversario de su aprobación y su cumplimiento por los países receptores de inmigración, teniendo en cuenta que sólo ha sido ratificada por los 47 Estados Parte de donde procede la mayoría de los trabajadores migrantes.

La libertad de movimientos está íntimamente unida al tema de asilo y la protección jurídico-estatal de un emigrante o refugiado. De esta cuestión se hace cargo el Profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha, Fernando Rovetta Klyver, que hace una crítica a la interpretación de los Derechos Humanos realizada desde la orientación jurídico-política angloamericana, opuesta a la iberoamericana. Si aquélla se funda en el “individualismo posesivo” que tiende a garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos de cada Estado; esta última se basa en el “personalismo comunicativo” que pretende garantizar, según el autor, los Derechos Humanos de toda persona, particularmente de la demandante de asilo, dado que se encuentra en situación de máxima vulnerabilidad por carecer del cobijo jurídico estatal.

La cuestión migratoria siempre ha estado de actualidad en nuestra historia más reciente. En los últimos años, la Sociedad Internacional y especialmente la Unión Europea, en plena crisis económica y de identidad, se ha visto desbordada y no ha logrado articular una estrategia global ante los miles de desplazados por motivo de los recientes conflictos en Libia, Siria y sus alrededores, tal y como afirma el Profesor Pedro Garrido Rodríguez, Doctor por la Universidad de Salamanca, miembro del Seminario Internacional de Historia Contemporánea de los Derechos Humanos, SIHCDH, y coeditor de este libro, que, en el capítulo de su autoría, estudia las políticas públicas migratorias llevadas a cabo, las actuaciones en materia de cooperación, integración y desarrollo y los procesos de negociación a nivel internacional en la búsqueda de un sistema global para los refugiados y la adecuada percepción de dichos esfuerzos por parte de la sociedad civil.

El aflujo de migrantes o refugiados enfrenta a los países de acogida al reto de la convivencia de culturas. Una verdadera integración de migrantes y refugiados implica la aceptación de la diversidad en aras de construir una auténtica ciudadanía propia de países con democracias consolidadas. La Profesora María Manuela Tavares Ribeiro, Catedrática de la Facultad de Letras, de la Universidad de Coimbra y Coordinadora de Investigación del Centro de Estudios Interdisciplinarios del S. XX, de la Universidad de Coimbra, CEIS20, aborda la complejidad de la interculturalidad en un marco de conflicto múltiple, alimentado por estereotipos culturales y aspectos ideológico-

políticos que, según esta investigadora, no deben desembocar en la exclusión sino en la coexistencia plural, y en la complementariedad de los diferentes. Es preciso recordar el derecho al ejercicio y disfrute de la cultura propia que recoge la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de París en 2005. No obstante, la misma Convención determina en el art. 2.1, que sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, afirma M<sup>a</sup>. Manuela Tavares.

Los derechos de segunda generación, entre los que se encuentra el derecho a la cultura, están vinculados a la noción de igualdad, siendo una de sus derivas más significativas la igualdad de género.

Del derecho a la no discriminación por razón de sexo o género y del desarrollo de los derechos de las mujeres, así como las contravenciones de los mismos se ocupan, en esta obra, varios capítulos. Abre este epígrafe, la Catedrática de civilización hispanoamericana de la Universidad de Limoges, Francia, y Directora de la Red Internacional de Investigaciones, América Latina, África, Europa y el Caribe, ALEC, Dominique Gay-Sylvestre que analiza la discriminación que sufren los transgéneros en Hermosillo, capital del estado de Sonora, México, región que, como indica esta experta, aún conserva fuertes rasgos de conservadurismo y puritanismo, a diferencia de lo que, por lo general, ocurre en la capital de la nación. El interesante capítulo que nos ofrece se basa en los resultados de un trabajo de campo, realizado entre 2012 y 2014, que arroja desgarradores testimonios.

El avance en el reconocimiento de los derechos de las mujeres no habría sido posible sin su movilización, ni sin la intensa labor de reivindicación y denuncia de los movimientos feministas. En Portugal, el Conselho Nacional das Mulheres Portuguesas, creado en 1914, consagró de forma sistemática los derechos de las portuguesas como Derechos Humanos, nos explica la Profesora Zília Osório de Castro, Catedrática Jubilada de la Universidad Nova de Lisboa en el capítulo correspondiente en esta obra. Para entonces las portuguesas estaban muy organizadas y conectadas con los movimientos de mujeres internacionales, aunque dichos movimiento se vieron alterados a nivel mundial, por efecto de la Gran Guerra. Natividade Monteiro, Profesora e investigadora de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Nova de Lisboa, se ocupa de las redes de asistencia humanitaria creadas por las organizaciones de mujeres portuguesas durante la contienda y muestra cómo dicha movilización no puede desligarse del movimiento feminista portugués.

Una de las reivindicaciones tradicionales de las feministas fue la protección de la maternidad. Las Profesoras de la Universidad de Salamanca, María Dolores Calvo Sánchez y María Dolores Martín Calvo, realizan un recorrido por los textos internacionales y nacionales de Derechos Humanos en relación al reconocimiento de la protección de la maternidad y de la infancia como sujetos-objeto de cuidados y asistencia, con especial atención a lo realizado en España. Una rica aportación realizada desde el ámbito jurídico-sanitario.

Con frecuencia hacemos descansar la igualdad entre los sexos en dos puntales básicos, la educación como herramienta indiscutible para acceder al conocimiento y, desde él, a la emancipación y el trabajo extradoméstico garante de independencia económica y de realización personal, aunque, especialmente en el mundo laboral, persiste una fuerte discriminación. Abordan ambas cuestiones, en esta obra, Enrique Cabero Morán, Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca y miembro del Seminario Internacional de Historia Contemporánea de los Derechos Humanos, SIHCDH, de la misma Institución, que analiza el papel de las universidades como responsables del servicio público de la educación superior en la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, y la Profesora y Doctora M<sup>a</sup>. Luz Vaquero Pinto, Jefa del Departamento de Economía de la Universidad Laboral de Zamora que estudia la correspondencia entre las directrices de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, y los Planes de Empleo e Igualdad en Castilla y León hasta 2015, en lo relativo a la política de fomento de empleo femenino, incluyendo una evaluación del cumplimiento de las directrices supranacionales en la Comunidad Autónoma.

La situación de la mujer rural castellano-leonesa presenta características específicas, que no pueden ser olvidadas en una Comunidad donde el 96% de la superficie es zona rural. La Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca María Josefa García Cirac y el Doctor en Derecho Luis Heredero Ortiz de la Tabla, conocedores directos del tema aquí tratado, se muestran conscientes de la importancia del mundo rural para la economía, el medio ambiente y la sociedad de la Comunidad castellano-leonesa y son defensores de la idea de que el futuro del medio rural depende, en gran medida, de la permanencia de las mujeres en el mismo, analizan, por eso, las normas y medidas que los poderes públicos están poniendo en marcha para mejorar la igualdad de oportunidades, el empleo femenino y los servicios públicos en la zona rural de Castilla y León, una de las más atrasadas.

Sin duda, la consecuencia más brutal y extrema de la desigualdad existente entre mujeres y hombres es la violencia de género, transgresión de los Derechos Humanos de las mujeres generalizadísima y presente incluso en las más avanzadas democracias de género y en países directamente tutelados por la ONU.

La abogada brasileña, Doctora en Derechos Humanos, Laís Locatelli, realiza aquí un estudio comparado entre las políticas públicas dirigidas a proteger, reducir y combatir la violencia de género en Brasil y en España, alcanzando relevantes resultados al comprobar cómo leyes semejantes coexisten con tasas muy diferentes de violencia contra las mujeres, presente en ambos países, pero notoriamente más intensa en Brasil. De la realidad del otro lado del Atlántico se ocupa, la profesora de la Facultad de Letras de la Universidad de Porto, Isabel Dias, que describe la violencia machista en Portugal y las políticas públicas adoptadas en el país luso para combatirla y prevenirla.

A la denuncia y visibilización de esta lacra, base para poder luchar contra ella, están contribuyendo de forma muy activa los medios de comunicación. Dos Sociólogas de la Universidad de Salamanca, las Profesoras de la Facultad de Sociología, las Doctoras Begoña Gutiérrez San Miguel y M<sup>a</sup> Luisa Ibáñez Martínez, han investigado el modo en el que los informativos ofrecieron, en las noticias emitidas por las televisiones generalistas españolas, la información sobre los abusos cometidos durante las fiestas de San Fermín, en Pamplona, el año 2016, a modo de estudio de caso sobre las agresiones sexuales.

Mientras, como anticipábamos, la desigualdad de género es considerada como la causa última de la violencia contra las mujeres y antes de que algunos de los derechos reconocidos a éstas, se garanticen y cumplan, emerge con fuerza la demanda de los denominados “derechos a la libertad sexual y reproductiva”, categoría de difícil encasillamiento en las convencionalmente denominadas “generaciones de derechos” clásicas.

Como es sabido, los derechos sexuales y reproductivos aparecen recogidos como *desiderata* en los documentos internacionales producidos desde la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán en 1968, a la Declaración de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhage en 1995, pasando por las declaraciones o resoluciones de las cuatro Conferencias Mundiales sobre la Mujer. Sin embargo, es aún necesario su reconocimiento expreso mediante Pactos y Tratados de obligado cumplimiento para que su exigibilidad sea real, que es la reivindicación del Profesor Félix López Sánchez, Catedrático de Psicología de la Sexualidad de la

Universidad de Salamanca, en el capítulo titulado “Los derechos sexuales en una sociedad democrática”.

Entre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, el reconocimiento del derecho al aborto, se ha convertido en caballo de batalla del movimiento feminista al tiempo que ha dividido a la opinión pública de numerosos países. Reflejo de lo que esta falta de consenso genera en la magistratura en Portugal es el capítulo escrito por el Magistrado del Ministerio Fiscal Portugués y Doctor en Derechos Humanos, João Paulo Borges Bichão, que analiza las opiniones de las nuevas generaciones de los magistrados lusos, sobre la pertinencia de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo portuguesa de 2007 y de su conexión con los Derechos Humanos, obteniendo resultados inesperados.

A los derechos dirigidos a la protección de colectivos específicos, incluidos entre los de tercera generación, conocidos en España como “derechos cotidianos”, se dedican varios epígrafes del libro.

De los derechos de las personas con discapacidad se ocupa el Director del Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Valladolid, Javier García Medina, Profesor de Filosofía del Derecho, que plantea en su capítulo por qué pervive y cómo debe abordarse la violencia contra las y los discapacitados, que ha sido y es, según este experto, una constante histórica que obedece a una serie de causas, especialmente vinculadas al género y a la edad.

Dos capítulos de este libro nos acercan a la realidad de los indígenas cuyos derechos fueron proclamados por la comunidad internacional tras un periodo de lenta gestación y debate, en la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, aprobada por la Asamblea General del ONU en septiembre de 2007. Los Doctores Daniel Valério Martins, Coordinador Académico del Máster en Atropología de Iberoamérica de la Universidad de Salamanca y el Catedrático de Ciencias Sociales y Experimentales de la Universidad de Valladolid, Jesús Aparício Gervás, abordan cómo la práctica de las políticas de sobreculturalidad desemboca en una transformación cultural por el contacto entre culturas distintas, centrándose en el estudio del caso de las comunidades indígenas Pitakajá. Por su parte, los Profesores de la Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil, Antonio Hilário Aguilera Urquiza, Presidente del Instituto de Derechos Humanos de Mato Grosso Do Sul y José Paulo Gutiérrez, investigador de la Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul, se acercan a la realidad de los

niños indígenas que viven en situación de precariedad en asentamientos de familias indígenas a la espera de volver a sus antiguos territorios.

La preocupación por el derecho al medio ambiente, incluido en los denominados “derechos difusos”, conceptuados ocasionalmente como “ambiguos” o como derechos de la solidaridad, o de los pueblos, se ha convertido en una cuestión apremiante en los últimos tiempos, con estrechos vínculos con diversos intereses económicos y modelos de crecimiento.

Del análisis sobre la conexión entre la protección ambiental y los Derechos Humanos se ocupa el Antropólogo Renato Alves Vieira de Melo, que aborda el concepto de desarrollo sostenible como base para la preservación del medio ambiente y por ende de la vida del planeta. Más crítico con la idea del desarrollo “sostenible” propuesto por las Naciones Unidas como objetivo del nuevo milenio, se muestra el Filósofo José María Enríquez Sánchez, Profesor en la Universidad Nacional de Educación a Distancia, para quien el sentido originario del término sostenible queda tergiversado al adjetivar al modelo desarrollo existente, imposibilitando el cumplimiento de los nuevos objetivos propuestos por las propias Naciones Unidas y con ello también el de los Derechos Humanos.

Muy relacionado con el derecho al disfrute de un medio ambiente saludable, se encuentra el reconocimiento del Derecho Humano al Agua. El capítulo del Profesor y Jurista Jesús Piñuela Martín muestra cómo tal reconocimiento se ve obstaculizado, en la actualidad, por una creciente privatización tanto de las fuentes del agua potable, como de su gestión a favor de las transnacionales que dominan el acceso y distribución del preciado líquido en numerosos lugares del planeta. Frente a esta situación el doctor Jesús Piñuela explica cómo la sociedad civil comienza a movilizarse contra dichas prácticas de mercantilización; en concreto señala una masiva recogida de firmas, denominada “Iniciativa Ciudadana Europea”, enviada a la Unión Europea, que logró que la Comisión de Medio Ambiente del Parlamento Europeo respaldase la gestión pública del agua, reconociendo que su condición de derecho humano así lo requería.

El enmarque de las nuevas tecnologías en las tradicionales generaciones de Derechos Humanos ofrece algunas dudas, no faltando autores que propongan incorporarlas a una cuarta generación de Derechos. La Profesora de la Universidad Portucalense Infante D. Henrique, Doctora Fernanda Rebelo, analiza la necesidad de articular mecanismos legales para salvaguardar la privacidad de los usuarios en las comunicaciones electrónicas, especialmente necesario considera protegerlos de la

recepción de publicidad electrónica no solicitada. En el mismo sentido, el Profesor Titular de la Universidad de Salamanca, Genaro Luis García López, aborda las dificultades y retos que enfrenta la defensa de la privacidad y protección de los datos de carácter personal en Internet, abordada desde la perspectiva de la ética de la información, analizando el caso concreto de Mario Costeja contra la corporación Google, llevado ante tribunales españoles y de la Unión Europea.

Los textos correspondientes a las comunicaciones aceptadas por el Comité Científico del Congreso conforman en el libro un bloque específico, que se inicia con un epígrafe titulado “Sistemas e instrumentos de protección internacionales”. Como se ha apuntado ya, además del sistema mundial de protección de los Derechos Humanos, disponemos de los sistemas regionales, no exentos de desdoblamientos y solapamientos entre sí.

La Abogada Karen G. Añaños Bedriñana aborda el Sistema Regional Latinoamericano de Protección de los Derechos Humanos, identificando los desafíos a los que debe hacer frente el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, SIDH, y advirtiendo que tales desafíos son tanto estructurales o de funcionamiento, como técnicos o de perfeccionamiento. Mientras que considera que los primeros (aspectos relacionados con la fiscalización de sus sentencias y la falta de un sistema de sanciones, la escasez de recursos económicos y la evolución del *locus standi* al *jus standi*), se deberían afrontar de forma prioritaria, porque ponen en cuestión la propia existencia del SIDH, los técnicos, en opinión de la autora, requerirían únicamente su perfeccionamiento, dado que no dependen del Sistema, sino de los propios Estados. Asimismo, considera que se debe abordar su “fragmentación”, por la falta de ratificaciones de la Convención Americana, pero también una redefinición de funciones de la Comisión Interamericana.

El capítulo de la Doctora Arnelle Rolim Peixoto, Investigadora de la Universidad de Salamanca, tiene como objeto analizar el desarrollo de las medidas de reparación dispuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las sentencias donde fueron reconocidas prácticas de tortura. Dichas sentencias permiten contemplar el papel que viene llevando a cabo el citado Organismo a la hora de entender el concepto de reparación de forma más amplia. Las reparaciones ordenadas por los casos de tortura sirven, en opinión de la autora, para instar a los Estados a que apliquen políticas internas que sirvan de base, no sólo para una mejor protección a la víctima, sino también para una mayor prevención.

Ana Cristina dos Santos Alves Pinto, Investigadora de la USAL, estudia la Convención para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, CEDH, como fuente de Derecho europeo, que entró en vigor en septiembre de 1953, así como de su posterior desarrollo en diferentes textos que aseguran la garantía de los derechos previstos en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948.

No obstante, el objetivo último de todo estado democrático, protector, no ha de ser únicamente sancionador sino preventivo. Diego Checa Hidalgo, Profesor visitante de la Universidad de Granada, España y Coventry University, presenta las estrategias implementadas por las intervenciones internacionales no-violentas para prevenir la violencia directa en contextos de conflicto, basándose en trabajos de campo llevados a cabo en América Latina y Oriente Medio. El autor analiza cómo se facilitan los procesos locales de empoderamiento social; evalúa los resultados alcanzados por estas intervenciones y, por último, proporciona algunas reflexiones en torno a las condiciones necesarias para su funcionamiento.

Ciertos discursos resultan, del mismo modo, útiles instrumentos en la defensa o denuncia de las transgresiones de los Derechos Humanos. Así ocurre con el discurso literario. El Profesor jubilado de la Facultad de Teología de San Esteban en Salamanca, el Doctor José M<sup>a</sup> Arbizu, utiliza el texto de *El Quijote* para reflexionar sobre el personaje de la Mancha como sujeto de la historia del hombre. No menos interesante resulta el discurso gráfico. El Filósofo y artista, Francisco Marcos Palomo Ramos, miembro del Seminario Internacional de Historia Contemporánea de los Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca, SIHCDH, se aproxima al estudio de los Derechos Humanos a través de su pintura digital, ofreciendo en el artículo de su autoría un breve repaso del discurso subyacente a la muestra pictórica “Anatomía y Transformación de la Realidad”, incluida en la exposición titulada “Discursos Plásticos sobre los Derechos Humanos”, que se presentó en el marco del Congreso Internacional de Historia de los Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca “El Cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a la Profesora M<sup>a</sup>. Esther Martínez Quinteiro”.

Una serie de comunicaciones nos ponen en la pista, desde un enfoque histórico, de las transgresiones de los Derechos Humanos, en diferentes países, en diferentes momentos y lugares. Sin duda, la guerra y los conflictos armados representan el contexto idóneo para transgredir y violar los más elementales derechos de las personas.

Camilo Herrero García, investigador FPU del Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea de la Universidad de Salamanca, realiza un interesante estudio de la rebelión del Rif de 1958 y de la violenta respuesta de las Fuerzas Armadas Reales, apoyadas por la propia monarquía y el Partido del Istiqlal, principal partido de la independencia, como una de las principales acciones represoras, entre las muchas de este género del régimen monárquico marroquí, surgido en 1956, para institucionalizarse.

En un espacio geográfico y temporal diferente, Arancha Jiménez Gutiérrez, investigadora de la Universidad de Valladolid y redactora responsable de Cultura de Europa Press Castilla y León, se detiene en la situación de los desplazados y refugiados a causa de la guerra que asoló El Salvador entre 1980 y 1992 y que se saldó con más de 70.000 muertos y cerca de 10.000 desaparecidos, basándose en los estudios que realizó el jesuita vallisoletano Segundo Montes, a lo largo de la década de 1980, en el país centroamericano. Los escritos del jesuita trataban de abordar el problema, identificar a los principales actores (Gobierno, instituciones de ayuda, países de recepción de refugiados...) y de medir el impacto de las soluciones que se daban a la situación que padecían cerca de 1.250.000 salvadoreños como consecuencia de la violencia, incluyendo testimonios de esta población que sugerían mecanismos para propiciar la viabilidad de las acciones destinadas a solucionar el problema en el presente pero, sobre todo, en el futuro.

Los regímenes autoritarios o totalitarios ofrecen numerosas muestras de transgresiones de los Derechos Humanos, que carecen de respeto por dicha doctrina. Gonzalo Alexis Padilla Vilches, Profesor en la Universidad de la Frontera Chile, Temuco, explora el debilitamiento y la pérdida de autonomía del Movimiento Cooperativo Campesino en la región de La Araucanía provocado por las violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante la dictadura cívico militar chilena, 1973-1990.

En teoría, las democracias cuentan con los instrumentos para proteger y defender los derechos de sus ciudadanos, aunque en ellas también se transgredan, en ocasiones, incluso los más elementales derechos. Ana Bartol Gutiérrez, Investigadora de la Universidad de Salamanca, analiza la evolución del discurso de los Derechos Humanos en Argentina desde la Transición a la democracia hasta la actualidad, deteniéndose en las violaciones de dichos derechos que se produjeron durante el llamado Proceso de Reorganización Nacional, tratando de determinar si es posible hablar del discurso de los

Derechos Humanos en Argentina y, de ser así, de qué hablamos cuando nos referimos a este discurso.

Otra Transición, en este caso la española, en fechas muy similares a la argentina, es analizada desde la óptica de los Derechos Humanos por el Doctor José J. Jiménez Sánchez, Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Granada. Según el autor, analizando los documentos más importantes de la Transición se puede apreciar que el reconocimiento de tales derechos fue un elemento central en la instauración de la democracia en España, proceso que desembocó en el reconocimiento de los derechos y libertades individuales en la Constitución de 1978.

En los epígonos del Régimen franquista, España se desentendió del territorio del Sahara, abandonándolo a su suerte. Santiago Gimeno Pelegay, miembro del Seminario de Investigación para la Paz de Zaragoza, estudia cómo la ocupación del Sáhara Occidental por Marruecos a partir de 1975 provocó la violación de numerosos Derechos Humanos en la zona, empezando por el impedimento a la realización del derecho a la libre determinación de este pueblo, estudiados en este capítulo, en el que, además, se resaltan las estrategias de resistencia de defensores y defensoras saharauis para transformar los patrones represivos y conquistar pequeños espacios para el disfrute de sus libertades. El autor sostiene que un enfoque basado en derechos, que ponga en valor al activismo en los territorios ocupados, podría contribuir igualmente a reforzar las estrategias de la población refugiada y al reconocimiento de la titularidad de sus derechos.

Desgraciadamente las democracias tampoco están exentas de poner en entredicho el respeto a numerosos derechos por colisión y conflictos de intereses. En este sentido, el politólogo, especialista en conflictos y desarrollo, Miguel Ángel Molinero Pérez, aborda las numerosas crisis diplomáticas entre España y Reino Unido a causa del contencioso gibraltareño y sus consecuencias, entre las que pueden citarse atentados contra la dignidad humana y contra el medio ambiente en una frontera interior de la Unión Europea. Además de reportar ciertas desventajas de los trabajadores españoles en Gibraltar, las crisis diplomáticas han sido aprovechadas por los partidos políticos para sacar un rédito político a costa de los intereses de los habitantes de dicho territorio. Aspectos incorporados en el estudio de este autor centrado en lo sucedido en la zona entre 2006 y 2014, es decir, desde la firma de los Acuerdos de Córdoba hasta la vuelta a la calma de la crisis de los bloques de hormigón.

Numerosos artículos del epígrafe IV de las comunicaciones se ocupan de diversas manifestaciones de la libertad. La libertad de expresión, en concreto, fue uno de los primeros derechos reivindicados en las revoluciones liberales, pues sin ella no podían exigirse otro tipo de derechos, ni denunciar cualquier forma de opresión. Francisco Peiró Canet, investigador de la Universidad de Salamanca, analiza tanto la legislación como la aplicación del derecho a la libertad de expresión en España y en algunos países latinoamericanos como Brasil, México y Venezuela, con el fin de esbozar una comparativa, en lo que a este derecho se refiere, entre las distintas constituciones de los citados países, así como sus contradicciones a la hora de ponerlo en práctica.

No obstante, tal derecho no deja de generar controversia cuando su ejercicio invade espacios privados o personales, tal como explican Maria do Socorro Tomaz Palitó Santos y Ada Kesea Guedes Bezerra, Profesoras de la Universidad Estadual da Paraíba, en Brasil, al investigar más de cuarenta demandas judiciales por daño moral presentadas por jueces y promotores de justicia contra el periódico *La Gazeta do Povo*, del Estado de Paraná, en Brasil y contra parte de sus profesionales por las publicaciones emitidas, en febrero de 2016, sobre los salarios de los magistrados.

Como apuntábamos en páginas precedentes la libertad de movimientos está estrechamente vinculada con la movilidad de las personas en busca de refugio, de asilo o de mejores condiciones de vida. Ante el actual contexto de crisis migratoria, el trabajo de Encarnación La Spina, investigadora postdoctoral del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto, en Bilbao, analiza con enorme rigurosidad el alcance de las limitaciones selectivas previstas en la categorización convencional de los Derechos Humanos a la hora de proteger a las personas migrantes como sujetos de derechos en la Unión Europea.

En relación a este mismo espacio y a su papel ante la actual crisis de refugiados, la investigadora Virginia Díaz Hervella concluye, en su investigación, que la Unión Europea se ha visto desbordada y ha sido incapaz de afrontar esta llegada masiva de personas, que las acciones y la toma de decisiones por parte de los líderes de los principales Estados miembros implicados, no han sido eficaces ni satisfactorias, mostrando así la debilidad de su política exterior, de sus valores y del mecanismo de libre circulación de personas.

La falta de respuesta a las demandas de las personas movilizadas, ya sean migrantes, ya sean refugiadas no es exclusiva de Europa. Rodrigo Alonso Barraza

García, investigador de la Universidad de Salamanca y consultor en Organismos Internacionales y de la Sociedad Civil, llama la atención sobre la profunda crisis humanitaria que prevalece en la Frontera Sur de México. Propone considerar la migración centroamericana desde un enfoque de “refugio” frente al de “migrante”, puesto que dicha definición, según el autor, además de llevar implícita una denuncia hacia la postura de criminalización e indefensión institucional adoptada por los Estados involucrados, nos permite analizar los desplazamientos internacionales desde una postura ética y humanista, resituando el análisis de la movilidad humana desde un enfoque de protección de los Derechos Humanos.

Sin embargo, una cosa es la atención urgente e inmediata prestada ante la llegada de inmigrantes y refugiados y los servicios ofrecidos en los campamentos donde residen, y otra muy distinta es hacer políticas de integración. Precisamente, en el año 2015, Portugal fue el país que obtuvo la mejor puntuación en cuanto a los esfuerzos realizados para lograr la integración de sus inmigrantes y el acceso a la nacionalidad, según los datos ofrecidos por *Migrant Integration Policy Index*, MIPEX, organismo que mide las políticas de integración de los migrantes, analizados por la investigadora de la Universidad de Minho, Fernanda de Andrade Freire Lima, que, en su aportación en este libro, valora la “Lei da Nacionalidade portuguesa”, Lei nº 37/81, desde la óptica de la teoría ética de la inmigración del politólogo Joseph Carens.

La emigración arroja una problemática específica cuando la observamos en perspectiva de género. Isabelle Dias Carneiro Santos, Profesora de la Universidad Federal de Mato Grosso do Sul y Getúlio Raimundo de Lima, Profesor de la Rede Estadual de Ensino y miembro del Instituto de Direitos Humanos de Mato Grosso do Sul, analizan las causas de la inmigración femenina brasileña para, finalmente, abordar la situación laboral de las trabajadoras inmigrantes, tratando sus principales problemáticas, conquistas y desafíos.

Otros derechos vinculados al pleno ejercicio de la libertad de decisión de las personas sobre sí mismas, resultan más controvertidos, incluso, que los ya comentados. La abogada, especialista en Derecho del Trabajo e Investigadora de la Universidad Autónoma de Lisboa, Geysa Adriana Soares Azevedo, nos sitúa ante una realidad paradójica que denomina “esclavitud voluntaria”, reflejando con tal terminología la forma en la que muchas personas en Brasil, por múltiples circunstancias, han de someterse “voluntariamente” a las condiciones inhumanas en las que se desarrollan muchos trabajos. La autora hace hincapié, en la presente investigación, en la discusión

sobre la revocación de la “Ley Áurea” que prohibía al ser humano encarcelar y tratar a otra persona como propiedad, haciéndola esclava. En ese cotejo, se aborda lo dispuesto por el art. 3º, I, de la Constitución de la República que presenta los principios fundamentales, cuya perspectiva retrata a personas que viven en una “sociedad libre, justa y solidaria”.

En relación a la restricción a la libertad individual en el ámbito sanitario, escriben la Médico y el Técnico de Emergencias Sanitarias, Sacyl, Silvia Hernández Herrero y Ángel Hernández García, quienes defienden, en ciertas ocasiones, dicha restricción tanto para preservar la seguridad de la persona, como para asegurar el derecho a la vida, en aquellos pacientes que no tengan la competencia mental necesaria para discernir, cuando exista grave riesgo para la seguridad del paciente y de terceros, o siempre que sea una condición necesaria para el empleo de un tratamiento efectivo.

Las libertades sexuales y reproductivas están estrechamente relacionadas con los modelos de familia y de sociedad imperantes. Las docentes Sabrina Gomes Freitas, Procuradora Jefe de la Asesoría Jurídica de la Secretaría Municipal de Salud de Goiânia y Tânia da Silva Trilha, Abogada, Secretaria Municipal de Infraestructura y Logística y Profesora en la Universidad Candido Mendes/Friburgo, abordan un derecho particular, que ellas denominan “derecho al amor y al afecto” desde la óptica de los Derechos Humanos, tratando de analizar sus implicaciones en el ordenamiento jurídico y en la protección de la familia, sopesando los derechos y libertades básicas de todos los seres humanos en la forma de constituir sus familias, al existir cambios todavía entre la figura de la esposa y la compañera ante la pluralidad de formas de familia actualmente constituidas. En un sentido similar escribe Caroline Buarque Leite de Oliveira, Abogada y Mediadora judicial e extrajudicial de conflictos, que propone el “poliamor” como forma de familia basada en el principio de igualdad de la persona humana. Estudia el “poliamor” en sus variadas formas, estableciendo diferencias entre las uniones múltiples y las familias simultáneas y analizando los aspectos de registro, ordenamientos jurídicos y las consecuencias generadas, etc.

Los derechos reproductivos generan hoy debate y controversia en la sociedad. El Abogado portugués João Proença Xavier, Doctor en Derechos Humanos por la Universidad de Salamanca, compara las Leyes española y portuguesa de Reproducción Medicamente Asistida (RMA), según el autor no completamente diferentes aunque con cierta mayor apertura la española. Por su parte, las Investigadoras de la Universidad de Aveiro, Helena Ferreira y Aline Ferreira, abordan la “Lei de gestação de substituição”,

en el marco de los derechos fundamentales de la mujer y las consecuencias de esta técnica de reproducción en la vida de las portuguesas.

Numerosos son también los artículos que abordan diversas manifestaciones de la igualdad, incluidas en el epígrafe V del segundo bloque de esta obra. Como es sabido, una de las más pertinaces causas de desigualdad es la motivada por razón de género. A lo largo de la Historia el discurso patriarcal y discriminatorio ha utilizado diferentes medios para mantener la desigualdad de la mujer y transmitir determinados roles y estereotipos femeninos. La Artista Amalfy Fuenmayor Noriega estudia la imagen de la geisha a través de una selección de producciones cinematográficas norteamericanas, dirigidas por conocidos o taquilleros directores, evidenciando que, pese a la consideración que se le brinda a la misma en la cultura nipona, su significado original experimenta una reelaboración reduccionista y desnaturalizadora, tras pasar por la maquinaria de los medios audiovisuales occidentales, que acaban por convertirla en un instrumento propagandístico de la cultura patriarcal, atentando así contra el derecho a la imagen y a la cultura.

También el discurso religioso resulta, a menudo, discriminatorio para las mujeres. Larissa Maria de Queiroz, Profesora de la Facultad Ateneu en la Universidad de Fortaleza, analiza la influencia de los discursos patriarcales y conservadores de los numerosos grupos religiosos brasileños presentes tanto en el poder legislativo como en el ejecutivo, que aprovechan su presencia en los ámbitos de influencia para neutralizar y desnaturalizar el discurso internacional igualitario de los Derechos Humanos, instrumento de las feministas brasileñas que luchan por la igualdad.

Precisamente uno de los espacios desde los que trabaja el movimiento feminista es el Foro Social Mundial, FSM, cuya labor es recogida en este libro por la Periodista y Profesora de la Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, Lorena García Saiz. El FSM es un organismo nacido a principios del siglo XXI, como espacio de encuentro de diversos movimientos sociales que buscan alternativas sobre aquellos aspectos del sistema neocapitalista globalizador que atentan contra los Derechos Humanos y lo hace desde la perspectiva de género, analizando las estrategias de los movimientos feministas a través tanto de los “Diálogos Feministas”, reuniones previas a las diversas ediciones del FSM, como de la participación constante en cada edición del Foro, que les ha permitido avanzar hacia la igualdad.

Qué duda cabe, no podemos entender el avance en el reconocimiento de los derechos de las mujeres sin la movilización de las mismas y su organización en el

movimiento feminista. El historiador, Rogelio Álvarez Vicente, Profesor de la Universidad Finis Terrae de Santiago de Chile, nos ofrece un interesante recorrido histórico por la evolución de dicho movimiento en Chile, deteniéndose en los períodos en los que el feminismo fue más visible y activo, como el que precede a la consecución del voto, 1949, o durante la lucha frente a la Dictadura, 1973-1990, hasta llegar a la actualidad, donde aborda tanto la actuación de las feministas de la “igualdad”, como la de las feministas de la “diferencia”, así como la aparición de nuevas variantes como el “feminismo anticolonial”, o la emergencia en Chile del movimiento “queer”. El historiador analiza su presencia y acogida entre la población chilena y responsabiliza a la división del movimiento de su pérdida de influencia en los aparatos gubernamentales.

De la evolución del feminismo en Brasil se ocupan las investigadoras del Centro Universitário do Vale do Ipojuca, Pernambuco, Carla Janielle Paiva do Nascimento y Flavia Roberta Gusmão Oliveira, prestando atención a la organización de las brasileñas en la lucha por sus derechos y al conocido como “lobby do batom” cuya actuación fue crucial en la conquista de la ciudadanía femenina después de la Dictadura, durante el periodo constituyente en Brasil.

Como es sabido, es precisamente en los ámbitos de toma de decisiones donde la ausencia de las mujeres es más explícita, las Profesoras de la Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Olívia de Carvalho y Elza Pais, Diputada de la Asamblea de la República Portuguesa, analizan la presencia de las portuguesas en la política, identificando los factores que condicionan su participación. Pretenden también evaluar la igualdad o desigualdad, en los espacios de toma de decisiones políticas y económicas, así como proponer formas para mejorar esta realidad.

Como afirmábamos en páginas precedes la expresión máxima de desigualdad es la violencia física perpetrada contra las mujeres. Son muy numerosas las comunicaciones dedicadas al análisis de esta lacra social.

María Auxiliadora León Molina, Investigadora de la Universidad de Coimbra, alerta de la pervivencia de ciertos discursos tradicionales que justifican los maltratos hacia las mujeres. Según esta investigadora de la Universidad de Coimbra, dichos discursos entrañan un enorme riesgo pues las víctimas acaban por asumirlos como reales. La autora explora, en la investigación que se nos anticipa en este capítulo, el camino para transformar las narrativas de las agresiones como un desafío tanto para las propias mujeres, como para las instituciones que trabajan en la intervención y reivindicación de los Derechos Humanos.

La situación de desigualdad que experimentan las mujeres traspasa las fronteras, del mismo modo que lo hace su lucha por sus derechos. A pesar de la pervivencia de discursos machistas, disponemos, en la actualidad, de instrumentos de respuesta para luchar contra ellos, pese a la persistencia del problema. La investigadora de la Universidad de Málaga, Carmen Mercado Carmona, realiza un análisis comparado de la Convención de Belém do Pará y del Convenio de Estambul, los únicos Tratados Internacionales que regulan específicamente la violencia contra la mujer, y que contribuyen, por su excepcionalidad, al avance universal de la protección internacional de la integridad física y moral de ésta. También a nivel nacional, la legislación trata de regular, prevenir y punir dicho delito. Paloma Barbosa da Silva, Paula Tayná da Silva y Flávia Roberta Gusmão Oliveira, Investigadoras del Centro Universitário do Vale do Ipojuca – DeVry, Pernambuco, realizan un análisis comparado entre la Ley brasileña nº 11.340, de 07 de Agosto de 2006, conocida como “Lei Maria da Penha”, y la Ley Orgánica 01, española, de 28 de Diciembre de 2004, sobre la Protección Integral de Medidas contra la Violencia de Género, consideradas por la ONU como dos de las tres mejores legislaciones del mundo contra la violencia de género. Las autoras constatan los favorables resultados en la sociedad tras la aprobación de tales legislaciones pese a señalar la necesidad de implementar políticas públicas para su ejecución efectiva, tal como se ha afirmado en otros capítulos de esta misma obra.

Chile, también cuenta con su propio dispositivo de protección de las mujeres víctimas de violencia de género, Gloria Cáceres Julio, Profesora de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, investigadora de la Universidad de Deusto, da cuenta de él y de su implicación en los procesos socio-estructurales que reproducen la opresión, en esta obra. En concreto, analiza las trayectorias de vida de las mujeres que pasaron por casas de acogida y todo el procedimiento que lleva implícito, advirtiendo, que dicha experiencia sitúa a las mujeres en una condición de dependencia que se agudiza con la salida de este espacio, en tanto quedan en condiciones que las llevan, paradójicamente, a vivir otras formas de violencia como medio de supervivencia. Se evidencian así, según la autora, las contradicciones implícitas en la respuesta del Estado al problema de la violencia.

Otro tipo de violencia contra las mujeres, fruto también de la resiliencia del patriarcado, aunque no coincidente con lo que identificamos como violencia de género intrafamiliar, es la perpetrada contra las mujeres en el ámbito público o aquella infringida durante los conflictos armados. En el capítulo firmado por la Investigadora de

la Universidad de Cádiz, Sandra Heras Contreras, se revisa, desde una perspectiva histórica y de género, a través de un breve recorrido por los conflictos de Bosnia, Colombia y en los territorios dominados por el ISIS, la presencia de la violencia sexual durante los combates y después de los mismos con la intención de comprobar la efectividad de las resoluciones procedentes de los organismos institucionales, así como de indagar sobre la actitud de los Estados respecto a las víctimas. Por su parte, Tatiana Morais, Investigadora de la Universidad Nova de Lisboa, analiza el caso de Jean-Paul Akayesu, Presidente de la Cámara de Taba, durante la masacre de la población Tutsi, entre abril y julio de 1994, condenado a prisión perpetua por genocidio, incluyendo en la condena la violencia sexual como instrumento para destruir a los Tutsis, siendo la primera vez que un tribunal internacional, en este caso de el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, consideró la violencia sexual como genocidio.

La violencia contra las mujeres en el ámbito laboral, es explicada por la experta en Género y Relaciones Laborales Virginia Carrera Garrosa, como un tipo de violencia que sufren las trabajadoras por el hecho de ser mujeres y que se manifiesta en el acoso sexual, tratando la problemática desde la perspectiva social.

La discriminación por razón de sexo y/o género no afecta únicamente a las mujeres, como bien es sabido. Otros colectivos se ven también afectados. La Profesora de la Universidad Portucalense Infante D. Henrique, Ana Paula Guimarães, denuncia los crímenes de odio perpetrados contra los transexuales, que la autora cifra en 300 en 2015 en todo el mundo, al tiempo que aprovecha para reclamar los derechos de este colectivo, en concreto el derecho al disfrute de su propia identidad.

Sin llegar al asesinato, otras discriminaciones se dejan sentir en el ámbito público. Jonathan Lema Touriñán, investigador en la Universidad de la Coruña analiza el acoso laboral por razón de identidad y/u orientación sexual, centrándose en el colectivo LGTBI (Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales, Intersexuales). Frente a dichas manifestaciones discriminatorias, el colectivo está respondiendo organizándose y movilizándose para exigir sus derechos. De dicha movilización transexual en España y de sus reivindicaciones, alianzas y oportunidades en el marco del movimiento LGBT, entre 2008 y 2016, período correspondiente al segundo Gobierno Socialista de José Luis Rodríguez Zapatero y al primero del Partido Popular presidido por Mariano Rajoy, se ocupa brillantemente Mauro Cibeira Rey, Investigador de la Universidad de Salamanca.

No ha sido infrecuente a lo largo de la Historia Contemporánea de los países que las torturas a las que se hacía alusión, fueran practicadas por las fuerzas militares y policías bajo las órdenes de los correspondientes gobiernos. Los Profesores de la Facultad Maurício de Nassau en Campina Grande, João da Matta Medeiros Neto, Coronel de la Polícia Militar del Estado de Paraíba y Rute Leite Medeiros, abordan el papel de la policía militar brasileña especialmente en dos momentos transicionales fundamentales en la historia de su país, el período entre el Imperio y la República, 1864-1945, y el paso del Régimen Militar a la Democracia, 1964-1985, observando cómo el militarismo y el civilismo influyen en la seguridad pública actual brasileña. En el artículo se recogen las transformaciones que ha experimentado el sistema público de seguridad brasileño y sus deficiencias motivadas por factores multicausales que los autores detallan en el capítulo correspondiente.

La propia pena de cárcel es abordada por el Investigador del Instituto Jurídico Portucalense de Oporto, Marco Ribeiro Henriques como paradigma de evolución en un sistema de justicia inacabado. En el capítulo de su autoría estudia dicho castigo, a lo largo de la Historia como instrumento para la punición penal en el estado moderno desde la óptica de los Derechos Humanos, reivindicando un sistema prisionero humanista

El abogado Carlo Dimitri Martins e Arruda, Investigador de la Universidad Fernando Pessoa, también hace referencia al sistema penal, en este caso al brasileño, para tratar un caso concreto pendiente de juicio, conocido como el caso “dos meninos emasculados do Maranhão e de Altamira”, protagonizado por Francisco das Chagas Rodrigues de Brito, acusado de 42 asesinatos de adolescentes entre 1989 y 2003, cuyos cuerpos aparecieron con los órganos sexuales mutilados después de muertos. El autor tratará de valorar, a lo largo de las páginas correspondientes, la capacidad del sistema penal brasileño para tratar un tema como el referido, que, en su opinión, debería ser identificado como de asesinato en serie, y que el acusado tenga un juicio justo.

La triada pionera de los derechos sociales, ya aparecía incluida en la Constitución francesa de 1793, desde entonces las reivindicaciones de derechos de trabajo, educación y asistencia no han dejado de renovarse, como prueban los capítulos recogidos en esta obra. Theanna de Alencar Borges, Jueza de Trabajo del Tribunal Regional de Trabalho, de Maranhão, Brasil y Profesora de la Universidad Federal de Ceará, deja constancia de la relevancia de la defensa de los derechos sociales de los trabajadores brasileños por parte de la Justiça do Trabalho brasileira y alerta del peligro

de que ante los recortes, dicha entidad cierre sus puertas en un momento en el que aumenta el número de desempleados por la crisis, dejando sin resolver los contenciosos obreros.

El derecho a la educación y sus implicaciones llama la atención de numerosos investigadores, como no podía ser de otro modo pues resulta un punto de partida indiscutible para educar en el respeto y la reivindicación del resto de los derechos.

De la evolución del derecho a la educación en Brasil, se ocupan Douglas Predo Mateus y Luis Carlos Costa, Profesores de la Universidad Católica de Santos, destacando la importancia del poder judicial en la implantación de políticas públicas que favorezcan el desarrollo del derecho a la educación reconocido en la Constitución brasileña, pese al cual se siguen manteniendo elevados índices de analfabetismo. Aida Maria Monteiro Silva, Profesora de la Universidad Federal de Pernambuco y Graça dos Santos Costa, profesora de la Universidad del Estado de Bahía, reflexionan sobre la educación de los y las jóvenes y adultos de 15 años o más edad, que no han tenido acceso a la escolarización en la edad prevista, los no alfabetizados y las no alfabetizadas. En el capítulo de su autoría denuncian el analfabetismo existente en Brasil, un régimen democrático y un Estado de Derecho que pese a asegurar los derechos en los marcos legales, éstos no se cumplen en su integralidad, en la praxis. Complementa este capítulo el realizado por Cristiane Maria Monteiro Silva, investigadora de la Facultad de Psicología y Ciencias de la Educación de la Universidad de Oporto, Portugal, en el que analiza las Políticas Públicas para tratar las necesidades educativas de los jóvenes y adultos brasileños como un recurso para la construcción de sujetos de derechos para su inclusión social y la formación de una cultura de defensa de los Derechos Humanos, como una de las condiciones para el acceso a otros derechos.

No es útil cualquier educación para afrontar los problemas inherentes a la ciudadanía, es preciso educar en derechos y en libertades. Las Profesoras de la Universidade Tuiuti de Paraná, UTP, Brasil, Márcia Regina Mocelin y Naura Syria Carapeto Ferreira, apelan a la educación en Derechos Humanos para adolescentes en conflicto con la ley. Se hacen necesarias la implementación de políticas públicas, apuntan las autoras, en todos los niveles de la enseñanza a fin de consolidar la formación necesaria para el ejercicio de la ciudadanía. El objetivo principal de la investigación presentada radica en comprobar cómo la libertad puede encontrarse en espacios de privación de la misma para los adolescentes conflictivos (socioeducación).

También Maria Perpétua Teles Monteiro, Investigadora de la Universidad de Pernambuco y Mario Medeiros, doctor en Ciencias de la Educación por la Universidad de Minho, analizan la educación en Derechos Humanos en el Estado de Pernambuco donde su implementación en el currículo se realizó de forma diferenciada respecto a la red pública estatal de enseñanza. El trabajo versa sobre las reflexiones, la práctica pedagógica, la inserción de la EDH en diferentes modos en el currículo escolar, valorando tres categorías: educación en Derechos Humanos, currículo y práctica pedagógica. Precisamente este modelo de educación es el que da respuesta a las preguntas que Carla Marina Neto das Neves Lobo, Profesora de las Facultades Integradas Maria Thereza y Kroton del Centro Universitário Anhanguera de Niterói, Brasil, se hace al plantear cómo hablar sobre género y diversidad en la escuela a fin de repensar nuevas representaciones sociales y promover resiliencias en el ámbito escolar.

La Musicóloga Laura Touriñán Morandeira, Investigadora de la Universidad de Santiago de Compostela, realiza una propuesta propia para educar, socializar, crear cultura y favorecer la identidad y la convivencia en la diversidad y la diferencia, así como la interacción de identidades desde las matrices de significado que cada uno entiende y usa, a través de la música, mostrando desde esa perspectiva antropológica, la relación entre la Música y los Derechos Humanos.

Algunos colectivos precisan modelos específicos de educación. Ángela Maria Monteiro da Motta Pires, Profesora de la Universidad Federal de Pernambuco, así lo propone en “La educación del campo”, en contraposición a la “educación rural”, en la medida que reafirma la legitimidad de la lucha por las políticas públicas específicas y por un proyecto educativo propio para los sujetos que viven y trabajan en el campo, acorde a sus necesidades y que incluya la participación efectiva de esos pueblos y comunidades.

Otro de los grupos minoritarios precisados de una educación especial sería el de los alumnos sordos. Una minoría lingüística en Brasil, estudiada por las Profesoras Priscila Soares Vidal Festa, Profesora del Centro Universitario en Curitiba, y Rúbia Carla Santi, Profesora de la Facultades SECAL, Brasil, que denuncian que el discurso de la educación inclusiva en Brasil, en la práctica, se encuentra vacío de contenido pues todavía se trabaja por aumentar la matrícula de este grupo minoritario en la escuela pública de enseñanza regular.

Cambiamos de tercio para abordar el derecho a la asistencia sanitaria y a la salud que se ha ido desarrollando progresivamente desde finales del S. XIX. María Dalli,

Investigadora del Institut de Drets Humans, de la Universidad de Valencia, trata por un lado, de sintetizar el alto nivel de interpretación y desarrollo del derecho a la salud y, por otro, de abordar dos herramientas, recientes y novedosas, que ayudan a garantizar su eficacia: la utilización de indicadores y la posibilidad de interponer denuncias individuales por vulneración del derecho a la salud.

De forma más específica, la Médica Silvia Hernández Herrero y el Técnico en emergencias sanitarias Ángel Hernández García, analizan los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios en España como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales y como parte del derecho a la salud recogido en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con especial atención al derecho a la información clínica y sus limitaciones a los pacientes, y a las personas vinculadas a ellas, en lo relativo a su salud, dado que es la información la que capacita al paciente para elegir con libertad y conocimiento suficiente entre las diversas opciones de tratamiento posibles.

La perspectiva brasileña la aporta la Abogada y Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, Patrícia Kathy Azevêdo Medrado Alves Mendes, que trata sobre los desafíos de la implantación de la resolución extrajudicial de conflictos en el Conselho Nacional do Ministério Público do Brasil, en virtud de la publicación del Manual de Negociación y Mediación para Miembros del Ministério Público. Analiza cómo sus orientaciones se alinean con el nuevo modelo de resolución extrajudicial de conflictos en el área de la Salud, a la vista de la reciente creación de las Cámaras de Conciliación de la Salud en algunos estados brasileños, valorando los objetivos de su implantación y los desafíos en la concreción de sus finalidades.

La salud abordada desde una perspectiva de género adquiere características específicas como puede verse en el capítulo realizado por la Investigadora de las Universidades Pública de Navarra y Complutense de Madrid, M<sup>a</sup>. Jesús Girona Magraner, que pone de manifiesto la necesaria articulación entre Antropología y Derechos Humanos como mecanismos de acción para implementar las bajas por menstruación dentro de las políticas sanitarias. Según la autora, las diferencias de género son una realidad, y por tanto justifica el derecho a implementar las bajas por menstruación como una necesidad y a ponerlas en las agendas políticas.

Vinculada con la cuestión de la salud, se encuentra la de los cuidados a las personas enfermas o dependientes por unos u otros motivos. En relación al cuidado de mayores y enfermos, China se encuentra ante un reto del que alerta la Procuradora

Federal brasileña Jaqueline da Silva de Souza, investigadora de la Universidad de Salamanca, que, ampliando el espacio geográfico en el que generalmente nos movemos en este libro, explica que China hace descansar las labores de cuidado en la tradicional virtud da piedade filial (*filial piety*), todos sabemos lo que implica esta concepción para las mujeres que de forma tradicional vienen haciéndose cargo de dichas tareas. Ante esta realidad, la autora reflexiona sobre los límites de la intervención pública en el ámbito familiar.

El derecho a la cultura adquiere aquí connotaciones controvertidas. Maíra de Paula Barreto, Profesora del Centro Universitário Cesumar y Elflay Miranda, Profesor de la Universidad Estadual de Maringá, ambos de Brasil, denuncian el infanticidio en algunas tribus indígenas que eliminan a los niños con deficiencias, gemelos, hijos de madres solteras y cualquier otra situación no aceptada por la comunidad, apelando a su cultura pero contraviniendo las Convenciones y los Pactos internacionales que Brasil ha firmado y ratificado ante la pasividad del Estado brasileño.

En el epígrafe VI se abordan los denominados “Derechos cotidianos” como Derechos de Tercera Generación. Nos ocupamos en primer lugar, de los derechos de un colectivo concreto, el de los niños. Un grupo interdisciplinar de Profesores pertenecientes a la Universidad Portucalense Infante D. Henrique, de Oporto, Sónia de Carvalho, Dora Resende Alves, Natércia Durão, Carla Santos Pereira, Sérgio Tenreiro Tomás, Daniela Serra Castilhos, Daniela Nascimento, André Pereira Matos y Olívia de Carvalho, miembros todos ellos de un proyecto de investigación sobre los derechos del niño, presentan aquí un avance de su investigación, reivindicando la necesidad de que los estados adopten las medidas necesarias para el conocimiento y la aplicación de los derechos de los niños recogidos en la Convención a tal efecto. Algunos autores van más lejos, es el caso de Maria João Veloso, Ricardo Dias, Maria Manuela Veloso Correia y Andreia Ramos, Investigadores de la Universidad Trás os Montes e Alto Douro y el Instituto da Criança na Cidade, que nos proponen reflexionar sobre el concepto de la ciudadanía infantil, teniendo en cuenta que la Convenção dos Direitos da Criança, señaló los derechos de los niños y las niñas en la toma de decisiones, en la libertad de opinión, en que su voz sea tenida en cuenta. Derechos que, según las autoras, suponen un paso más en el reconocimiento de su capacidad de participación en el espacio público.

Los abusos contra menores de edad constituyen una de las mayores lacras de la sociedad. Andrea Gutiérrez García y Estrella Montes López, Profesoras de la Facultad

de Psicología de la Universidad Pontificia de Salamanca y del Departamento de Sociología y Comunicación de la Universidad de Salamanca, respectivamente, nos invitan a reflexionar sobre una de las formas de explotación sexual comercial infantil, ESCI, aquella que va asociada al turismo y que junto a la explotación sexual a cambio de dinero, regalos, favores u otros bienes materiales, a la pornografía infantil y a la trata de menores con fines de explotación comercial, viola gravemente los derechos de la infancia, suponiendo una de las peores formas de “trabajo” infantil. Tras el análisis de la situación, las autoras ponen de relieve la necesidad de desarrollar espacios de sensibilización y reflexión, especialmente con jóvenes, con el objetivo de prevenir la demanda.

Anelyse Santos de Freitas, Defensora Pública del Estado de Pará, se ocupa de la eficacia de la lucha contra el crimen de estupro en Brasil. Mantiene la hipótesis de que en Brasil ha cambiado el discurso jurídico en su acepción normativa anteriormente más utilizado que el discurso feminista, mientras el primero incidía principalmente, según explica la autora, en el aspecto criminal del acto y en sus respectivas implicaciones penales y no estaba centrado en la figura de la mujer, el enunciado por las propias mujeres resulta más eficaz para la concienciación de la sociedad.

Como alternativa a los abusos infantiles, el Profesor de Psicología de la Facultad Estácio de Recife, Walfrido Menezes, comparte los resultados de un proyecto realizado en su Universidad, consistente en la puesta en marcha de talleres con niñas, víctimas de abuso sexual y los positivos resultados obtenidos entre las víctimas en cuanto a la conquista de su autonomía, y su autoestima, consiguiendo romper el tabú del silencio y el miedo.

Ante las elevadas tasas de trabajo infantil en Brasil, Maria do Socorro Almeida de Sousa, Juíza Titular da Vara do Trabalho de Barreirinhas, Brasil, pretende promover una discusión sobre la admisibilidad, en el ordenamiento jurídico brasileño, del trabajo artístico de los niños y adolescentes, teniendo en cuenta los derechos fundamentales y humanos que regulan la cuestión.

Juliana Rodrigues de Souza, Investigadora de la Universidad Autónoma de Lisboa, critica la falta de efectividad de las políticas públicas brasileñas para garantizar el derecho a la convivencia familiar y comunitaria de la población infantil y juvenil, aunque la autora reconoce que la efectividad depende de un trabajo conjunto de diversos órganos y áreas de un sistema de protección y de garantía de derechos.

De nuevo, máxime en edades tan tempranas, parece indiscutible el papel que ha de jugar la educación en la formación. Los discursos lanzados a los menores desde diferentes sectores son instrumentos fundamentales de educación informal, desde ellos pueden defenderse derechos y libertades, valores inclusivos de la diferencia y favorecedores de la igualdad de género o puede transmitirse roles diferenciados perpetuadores de estereotipos de género. La Investigadora de la Universidad de Salamanca Sandra Luis Sánchez analiza el grado de sexismo en la publicidad infantil en España, concretamente la relativa a los catálogos de juguetes de las campañas navideñas. Su investigación pretende revisar el volumen de estereotipos y roles de género tradicionales dirigido al público infantil, principal destinatario de las estrategias publicitarias de grandes empresas especializadas en el sector juguetero español. Campañas que no siempre sopesan la vulnerabilidad de los niños y niñas, induciéndoles, en ocasiones, a un peligroso consumismo. Por su parte la Bibliotecaria M<sup>a</sup> Concepción Palomo Ramos, miembro del Seminario Internacional de Historia Contemporánea de los Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca, ofrece una revisión bibliográfica de la literatura infantil y juvenil, promotora de la coeducación y el derecho a la igualdad de oportunidades, haciendo referencia a los fondos disponibles en la Universidad de Salamanca.

En otro orden de temas, varios autores trabajan sobre las personas con discapacidad, abordando la cuestión desde diferentes ópticas. Maoly Carrasquero Cepeda, Investigadora de la Universidad de Valladolid, analiza la evolución jurisprudencial que ha tenido el concepto de discapacidad en el ámbito comunitario, haciendo especial énfasis en el hecho de que, aún hoy en día, el enfoque que mantiene el TJUE no es compatible con el espíritu de la CDPD, de la que la Unión Europea es parte.

Desde otro marco, Alexandro Rahbani Aragão Feijó y Lucyléa Gonçalves França, Profesores de la Universidade Federal de Maranhão en Brasil, abordan los efectos del control de convencionalidad, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Deficiencia con la legislación brasileña, aportando conclusiones optimistas sobre las modificaciones de las leyes nacionales en función de los criterios internacionales. También trabaja sobre la legislación brasileña el Profesor de la Universidad Regional do Cariri, Jamille Morais de Siqueira, que aborda la capacidad jurídica de una persona para ser titular de derechos y obligaciones, así como las situaciones de incapacidad admitidas por el ordenamiento jurídico brasileños,

centrándose en las novedades que incorpora la Ley aprobada en 2015 y en sus implicaciones jurídicas.

Inajara Piedade da Silva, miembro del Instituto Federal do Rio Grande do Sul, reflexiona sobre un trastorno concreto, el del espectro autista y la situación de los afectados en Brasil, así como en la necesidad de avanzar en la legislación sobre la protección de las personas con capacidades diferenciadas en dicho país.

Por su parte, Rosangela Lieko Kato, Profesora de la Universidad Federal de Mato Grosso do Sul, plantea la necesidad de concienciar a la sociedad de los derechos de los jóvenes con algún tipo de deficiencia que con el tiempo se convertirán en los ancianos y enfermos del país y lo hace desde una perspectiva interdisciplinar y transnacional.

En relación a los “Derechos Difusos” de Tercera Generación, el Profesor de la Universidad Santo Tomas de Bogotá, Colombia, Bernardo Alfredo Hernández Umaña, plantea una aproximación a la fundamentación ética y a la identificación del núcleo esencial del “derecho al desarrollo”, con el ser vivo y con el pensamiento complejo de Edgar Morin, destacando los principios dialógico, recursivo organizacional y hologramático.

Las comunicaciones presentadas no dejaron de abordar el derecho a disfrutar de un medio ambiente saludable y de un desarrollo sostenible. En un intento de ofrecer una respuesta a la crisis ambiental y sus consecuencias, que impiden el disfrute de los derechos fundamentales de las personas, la Abogada y Profesora de la Universidade Cândido Mendes, Gisele Bonatti, propone el reconocimiento del derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado como Derecho Humano de Tercera Generación, analizando cómo se ha abordado el tema en la Constitución brasileña de 1988 y en la Española de 1978.

En el apartado VIII.2 se abordan algunas de las actuales preocupaciones de la ciudadanía que ocupan los puestos más altos de las encuestas nacionales, al menos de las españolas, en cuanto a temas de interés. La corrupción se ha convertido y no solo en España, en el tema de actualidad de la política de nuestros días, que sin ser algo nuevo si adquiere relevancia al coincidir con la crisis económica y financiera, cuyas consecuencias afectan especialmente a los ciudadanos de a pié que han de soportar los recortes y las medidas restrictivas adoptadas con el pretexto de sacar adelante el país. El Profesor del Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Minho, Gonçalo S. de Melo Bandeira, aborda los diferentes variantes del fraude fiscal y sus repercusiones en

función de los fines que del Sistema fiscal aparecen recogidos en la constitución portuguesa. El autor considera el fraude fiscal un delito de graves consecuencias que puede desembocar en actuaciones delictivas como el blanqueo de capitales o derivar en situaciones más graves en función de los fines a los que vaya dirigido el dinero defraudado como podría ser la financiación del terrorismo, u otros aspectos delictivos.

Por su parte, el Abogado, Glauco Alves Mendes, investigador de la Universidad de Salamanca, analiza un caso concreto de corrupción como es la financiación ilegal de las campañas electorales brasileñas, al tiempo que comenta la legislación aprobada para tratar de controlarla, analizando los cambios implementados por dicha legislación así como su impacto en las elecciones brasileñas de 2016, proponiendo la necesidad de criminalizar dicha práctica tan ampliamente difundida, según el autor de estas páginas, como fórmula eficaz para erradicarla.

Sin poder ser catalogada de corruptela, la actitud del sistema bancario es muy gravosa y desigual para los usuarios. Maria Emília Teixeira, Profesora de la Universidade Portucalense Infante D. Henrique de Oporto, analiza el actual sistema de acceso a los servicios bancarios y reclama valorar si las condiciones para disponer de una cuenta de depósito caracterizadas por ser poco transparentes, diferenciadas en función de los clientes y de carácter no gratuito sino con numerosas condiciones económicas asociadas, precisan una reforma y si se debería avanzar hacia un régimen de cuentas de depósito totalmente gratuitas.

Tras esta breve presentación de cada uno de los capítulos que componen esta obra, un total de 122, no resta más que agradecer la colaboración de cada uno de los autores, 154 docentes e investigadores pertenecientes a 46 universidades distintas y otros tantos profesionales, extraacadémicos, entre los que destacan abogados, magistrados, procuradores, antropólogos, politólogos, artistas gráficos y médicos, entre otros, procedentes de 8 países distintos, siendo la mayor parte de las firmas que aparecen brasileñas, portuguesas y españolas, aunque también hay autores de Francia, Perú, Chile, Colombia o del Estado de Puerto Rico.

No quiero dejar de mencionar la colaboración en la corrección de pruebas del Profesor de la Universidad de Salamanca, el Psicólogo David Miguel Guevera Espinar, ni de reiterar el agradecimiento a todos aquellos órganos de la Universidad de Salamanca sin cuya ayuda esta publicación no habría visto la luz. Solo nos queda esperar que las páginas que siguen sean de interés de los investigadores y estudiosos del tema.



**TRAYECTORIA CURRICULAR  
DE LA PROFESORA  
M<sup>a</sup>. ESTHER MARTÍNEZ QUINTEIRO**



M. ESTHER MARTÍNEZ QUINTEIRO

**LA TRAYECTORIA DE LA PROFESORA M<sup>a</sup>. ESTHER MARTÍNEZ QUINTEIRO  
Y LA ESCUELA DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARES  
DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**

**THE CAREER OF THE PROFESSOR M<sup>a</sup>. ESTHER MARTINEZ QUINTEIRO  
AND THE SCHOOL OF INTERDISCIPLINARY STUDIES OF HUMAN RIGHTS  
OF THE UNIVERSITY OF SALAMANCA**

María de la Paz Pando Ballesteros  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** El capítulo da cuenta, de forma sucinta, de la intensa trayectoria docente e investigadora de la Profesora Esther Martínez, desarrollada a lo largo de sus cuarenta y siete años de ejercicio de su profesión en la Universidad de Salamanca, así como de sus aportaciones en las líneas de investigación que ha trabajado.

**Palabras clave:** Historia de los Derechos Humanos, Esther Martínez Quinteiro.

**Abstract:** This chapter reveals succinctly the intense research and teaching career of the professor Esther Martínez built up over forty-seven years in the exercise of her profession at the University of Salamanca, as well her contributions in the research lines she has worked.

**Keywords:** History of human rights, Esther Martínez Quinteiro.

## **1. Formación, docencia y gestión**

M<sup>a</sup>. Esther Martínez Quinteiro nació en 1946 en Santiago de Compostela, universidad en la que inició su trayectoria docente tras culminar la carrera de Filosofía y Letras, sección Historia en la Universidad (1963-1968). Al terminar la licenciatura realizó su Tesis de Grado, que fue defendida el 12 de noviembre de 1969 con el título “Los grupos liberales antes de las Cortes de Cádiz”, integrándose en la plantilla docente de la Universidad en el curso 1969-70 como ayudante de clases prácticas.

En 1970 se trasladó a la Universidad de Salamanca, como adjunta contratada en el Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea en el que permanecería hasta su jubilación, en septiembre de 2016. En dicho Departamento ejerció de ayudante contratada interina entre 1972-1975, obteniendo, en este último año, el 7 de octubre, mientras ejercía ya como profesora contratada, el título de Doctora, con una Tesis Doctoral, dirigida por María Dolores Gómez Molleda, sobre los orígenes del liberalismo político con la calificación de sobresaliente cum laude. Tres años después, tras aprobar las primeras oposiciones de turno libre que se celebraron en España para entrar en el cuerpo entonces denominado de Adjuntos, hoy titulares de universidad, tomaba posesión de la plaza de adjunta/titular el 22 de julio de 1978 para pasar a ser acreditada para el acceso al

cuerpo de Catedráticos en 2012. La profesora M<sup>a</sup>. Esther Martínez Quinteiro, estuvo así vinculada a la Universidad de Salamanca por más de cuatro décadas, en las que ha compaginado tareas relativas a la docencia, la investigación y la gestión.

Durante los más de 47 años de servicios ininterrumpidos a la Universidad con dedicación exclusiva, ha impartido un elenco plural de asignaturas que por su variedad requirieron un recorrido completo por toda la Historia Contemporánea. Las materias a explicar fueron, en ocasiones, impuestas por las necesidades del Departamento, pero a la larga, la aparición de asignaturas optativas, monográficas o de Libre Disposición en los Planes de Estudio y la puesta en marcha de los Programas de Doctorado en los que participó como docente, le permitieron realizar el desiderátum de aunar investigación y docencia.

De este modo, en el curso 1991-92, la profesora Martínez Quinteiro ofertó, en la Licenciatura de Geografía e Historia, una Asignatura Optativa denominada “Historia de los Derechos Humanos”, impartida hasta el curso 1995-96, en que finalizó el Plan de Estudios vigente hasta ese momento, que permitía este tipo de iniciativas individuales. Fue una asignatura absolutamente pionera en la Universidad de Salamanca que despertó un enorme interés entre el alumnado de Historia y Humanidades y se convirtió en un antecedente de la actual “Historia de los Derechos Humanos y de las Relaciones de Género”, incorporada a los nuevos Planes de Estudio, acordes al EEES, creada a instancias de la propia M<sup>a</sup>. Esther Martínez Quinteiro y ofertada como materia optativa del actual Grado de Historia, cubriendo así, en parte, en lo que concierne a esta área científica, los requerimientos normativos respecto a la formación en Derechos Humanos en el ámbito universitario, mientras que en otros Grados y Postgrados, salvo escasas excepciones, no se ofertan asignaturas específicas sobre esta materia, como se debería hacer, según la legislación vigente<sup>1</sup>.

Junto a la docencia en primer ciclo, la profesora Martínez Quinteiro se dedicó de forma paralela a impartir cursos de especialización y postgrado que pese a ser inferiores numéricamente a los cursos impartidos en primer y segundo grado, también fueron muchos.

Además de ocuparse de la docencia, se encargó de la creación y coordinación, dentro del Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea de dos

---

<sup>1</sup> Pando Ballesteros, M<sup>a</sup>. Paz. “Educación en Derechos Humanos. La aportación de la Universidad de Salamanca”. En Pando Ballesteros, M<sup>a</sup>. Paz; Muñoz Ramírez, Alicia; Garrido Rodríguez, Pedro; (dirs.), *Pasado y presente de los Derechos Humanos. Mirando al futuro*. Madrid: Catarata, 2016, pp. 65-81.

Programas de Doctorado pioneros, implantados de forma sucesiva, de carácter interdisciplinar e interdepartamental que coordinó por aprobación del Consejo del Departamento. El dedicado al Estudio de las Relaciones de Género fue el primero puesto en marcha sobre tal materia de la Universidad de Salamanca. Habiéndolo propiciado y consolidado en el bienio 1997-1999 por encargo del Seminario de Estudios de la Mujer de la Universidad de Salamanca, a partir del cual se creó el Centro de Estudios de la Mujer de Salamanca, CEMUSA, en abril de 2002.

A dichos órganos se vinculó Esther Martínez, desde 1997, al formar parte del grupo de profesoras de la Universidad de Salamanca que, preocupadas por el tema del derecho a la igualdad y el estudio de las relaciones de género, impulsaron, respondiendo a una convocatoria de la profesora Soledad Murillo de la Vega, (entre 2004 y 2008 Secretaria General de Políticas de Igualdad), la creación del Seminario de Estudios de la Mujer de Salamanca y, a partir del mismo, de Asignaturas Optativas y de Creación Específica en el Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea dedicadas al estudio de la Historia de las Relaciones de Género y de los Derechos de las Mujeres, cuya docencia impartió la profesora Martínez Quinteiro, desde 1997 hasta 2012. En 2006 fue elegida Directora del CEMUSA, cargo que desempeñó durante dos mandatos consecutivos, desde mayo de 2006 a julio de 2014. Durante este periodo, entre 2007 y 2008, impulsó la creación del Máster de Estudios Interdisciplinarios de Género y Políticas de Igualdad, hoy incardinado en la Facultad de Derecho y en el que ella misma impartió docencia hasta el curso 2014-2015. Antes de finalizar su gestión al frente del CEMUSA, éste recibió, el 27 de febrero de 2014, el “Premio por la Igualdad”, concedido por la Unidad de Igualdad de la Universidad de Salamanca, vista la gestión desempeñada por su equipo directivo.

No era este el primer cargo de gestión que desempeñaba. En febrero de 1990 y hasta 1999 dirigió el Colegio Universitario de Postgraduados «Arzobispo Fonseca» de la Universidad de Salamanca, cargo asimilado al de Decano. A él se sumaba en julio de 1992 la dirección del Colegio Mayor Universitario «Hernán Cortés» de la Universidad de Salamanca y en octubre de 1993 asumía la dirección de todo el Servicio de Colegios y Residencias de la Universidad, cargo que ostentaría hasta 1999, durante los rectorados de Julio Feroso e Ignacio Berdugo.

Desde 29 de enero de 2010 fue Delegada del Rector para las relaciones con Patrimonio Nacional y Secretaria del Premio Reina Sofía, cargo asimilado por resolución rectoral de 20 de diciembre de 2011 al de Directora de Instituto Universitario. Dicho cargo fue compatibilizado desde el 24 de julio de 2013, con el de Representante de la

Universidad en el Consejo Municipal Sectorial de la Mujer del Excelentísimo Ayuntamiento de Salamanca. Para ambos fue propuesta por el Rector Magnífico de la Universidad de Salamanca, D. Daniel Hernández Ruipérez, y desempeñados hasta la fecha de su cese en la Universidad de Salamanca por jubilación.

Retomando la trayectoria docente, cabe señalar que, en el año 2000, Esther Martínez Quinteiro, dejó la coordinación del Programa de Doctorado sobre Estudios Interdisciplinares de Género para dedicarse a poner en marcha, con la contribución de un prestigiosísimo y brillante equipo interdepartamental de docentes<sup>2</sup>, lo que se convertirá en su más importante contribución a la promoción del estudio interdisciplinar e interdepartamental<sup>3</sup> de los Derechos Humanos en la Universidad de Salamanca: el Programa de Doctorado “Pasado y Presente de los Derechos Humanos” (PPDH). Programa de carácter permanente, cuyo objeto era propiciar una aproximación multidisciplinar a la teoría y praxis sociopolítica de los Derechos Humanos, vertebrada desde la Historia Contemporánea, promoviendo una reflexión crítica sobre la memoria y los contenidos de la acción democrática a escala mundial.

La docencia del Doctorado “Pasado y Presente de los Derechos Humanos” ha estado impartándose desde el curso académico 2000-2001 hasta el curso 2008-2009, en el que terminó el denominado “Período de Docencia” al extinguirse los Planes de Doctorado regidos por la normativa del Real Decreto 778/98, debido a la implantación del EEES, que obligó al abandono de los Planes Antiguos, muchos de ellos en pleno florecimiento. No obstante, a partir de la última fecha y hasta el curso 2011-12, los estudiantes continuaron matriculándose en el “Periodo de Investigación” para la obtención de la Suficiencia

---

<sup>2</sup> Profesores de la Universidad de Salamanca:

Dra. M<sup>a</sup> Esther Martínez Quinteiro; Dra. Josefina Cuesta Bustillo; Dr. Santiago Díaz Cano; Dr. José Manuel Cabrera Díez; Dr. Felix López Sánchez; Dr. Enrique Cabero Morán; Dr. Miguel Borrego Clavero; Dr. Miguel Ángel González Iglesias; Dra. M.<sup>a</sup> Ángeles González Bustos; Dr. Jesús López Santamaría; Dra. Laura Zúñiga Rodríguez; Dra. Ángela Figueruelo Burrieza; Dr. Mariano Álvarez Gómez; Dra. M<sup>a</sup> Carmen Paredes Martín; Dr. Miguel Ángel Rodilla González; Dr. José A. Ramos Pascua; Dr. José María Garrán Martínez; Dr. Juan Manuel Pérez Bermejo; Dr. Salustiano De Dios De Dios; Javier Infante Miguel-Motta; Dra. Pilar Arregui Zamorano; Dra. Eugenia Torijano Pérez; Dra. Regina Polo Martín; Dr. José María García Gómez-Heras; Dra. M.<sup>a</sup> Teresa López De La Vieja De La Torre; Dr. Enrique Bonete Perales; Dra. Carmen Velayos Castelo; Dra. M<sup>a</sup> Josefa García Cirac; Dr. Fernando Martín Diz; Dr. Enmanuel Jiménez Franco; Dr. Pedro A. Cordero Quiñones; Dr. Benjamín González Alonso; Dra. Paz Alonso Romero; Dra. Lourdes Santos Pérez; Dra. Valentina Maya Frades; Dra. Cristina Amich Elías; Dra. Pilar Jiménez Tello; Dr. Pedro Nevado Moreno; Dra. M<sup>a</sup>. Paz Pando Ballesteros.

Profesores de otras universidades (historiadores):

Dr. Manuel Suárez Cortina (Universidad de Cantabria); Dr. Guillermo Pérez Sánchez (Universidad de Valladolid); Dr. Ricardo Martín de la Guardia (Universidad de Valladolid).

<sup>3</sup> En dicho Programa colaboraron los Departamentos de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea (Departamento coordinador), Sociología, Derecho Administrativo, Financiero y Procesal; Historia del Derecho y Filosofía Jurídica, Moral y Político, y profesores de otros Departamentos y Áreas científicas a título individual.

Investigadora y del título de Doctor, y hasta el febrero de 2016 se estuvieron defendiendo las últimas Tesis Doctorales realizadas en el marco de dicho Programa.

El Programa de Doctorado, de la Universidad de Salamanca, “Pasado y Presente de los Derechos Humanos”, siempre bajo la coordinación directa de la profesora Martínez Quinteiro, ha obtenido un reconocido éxito y ha contado con un total de 352 alumnos/as matriculados<sup>4</sup>, procedentes de tres continentes y diferentes países<sup>5</sup>, generando alrededor de un centenar de Tesis Doctorales defendidas. Junto a las Tesis, el doctorado ha producido una masa de investigación promovida por profesores que han solicitado proyectos de investigación conexas o derivada promovida por profesores que han solicitado proyectos de investigación relacionados con este doctorado, algunos dirigidos por la profesora Martínez Quinteiro, o por un alumnado entusiasta, protagonista del elevado número de Trabajos de Grado y Tesis Doctorales, propiciando la construcción de una operativa red de investigadores de elevada proyección internacional.

En el Programa se formaron un amplio grupo de sólidos especialistas en Derechos Humanos, muchos de los cuales son historiadores, politólogos, sociólogos, periodistas, etc, que imparten docencia en diferentes países y universidades o ejercen como policías, fiscales, jueces, psicólogos, cooperantes internacionales y burócratas o asesores de la ONU, o de otros organismos internacionales.

La capacidad de atracción de dicho Doctorado derivó de su especialización en un área docente e investigadora que suscita un enorme interés en América Latina y que es de interés prioritario en la U.E.

Un número importante de estudiantes del mencionado Programa de Doctorado, pudieron realizar sus investigaciones y se vincularon al Departamento gracias al soporte de becas de formación de personal investigador o similares ofrecidas por diferentes instituciones y conseguidas en convocatorias de carácter competitivo, en función de la calidad de sus currículos, pero también de la solidez investigadora probada por sus directores o avalistas y/o la calidad de los proyectos de investigación en que estos fueron integrados. La profesora M<sup>a</sup>. Esther Martínez Quinteiro ha avalado numerosos proyectos de investigación y solicitudes de becas y/o contratos de investigación, coadyuvando a la promoción y al soporte de jóvenes investigadores.

---

<sup>4</sup> Información proporcionada por la Escuela de Doctorado de la Universidad de Salamanca.

<sup>5</sup> España, Portugal, Holanda, Italia, Alemania en Europa; Cabo Verde y Costa de Marfil en África; Colombia, Perú, México, Argentina, Venezuela y sobre todo Brasil en América Latina.

M<sup>a</sup>. Esther Martínez Quinteiro ha dirigido un centenar de trabajos de investigación, entre los que las Tesis Doctorales superan la cincuentena, de temas inéditos, tan punteros y cruciales como los relacionados con derechos humanos y tortura, esclavitud, trata de personas, genética, prácticas tradicionales nocivas, implementación de experiencias piloto de la ONU, etc. algunas de dichas Tesis fueron la culminación de los Trabajos de Grado o Tesis de Licenciatura por ella dirigidos. En el último lustro nueve de dichas Tesis Doctorales han obtenido Premios Extraordinarios en la Universidad de Salamanca y dos de ellas premios internacionales.

## 2. Historial investigador

Su trayectoria investigadora ha dado lugar al reconocimiento por la Comisión Nacional de Evaluación de 4 sexenios de investigación, posibilitado por la concesión de 12 proyectos de investigación y 2 contratos financiados con fondos públicos. Investigación que ha sido divulgada en cerca de trescientas ponencias en Congresos o que ha generado más de setenta publicaciones que se insertan en 5 líneas de investigación: Sobre el liberalismo y su evolución en España; sobre política social; sobre derechos humanos y derechos de las mujeres.

Desde la iniciación de su Tesis Doctoral, una de sus líneas de investigación nunca abandonadas fue la historia del liberalismo. Una temática no exenta de controversia en el primer momento de abordarla, 1968, cuando el momento político la dotaba de implicaciones transcendentales. En la década de los 60, la dictadura franquista se había visto forzada a una reorientación adaptativa que pasaba por la promoción de la modernización económica y el disimulo de su negativa a acompañarla de una modernización política, pese a que desde 1962 se enfrentaba al desgaste y la crecida de la oposición. En 1969 se centraría de facto en lo que Tusell llamó el tardofranquismo durante el cual se fortaleció la búsqueda de alternativas a la Dictadura y la polémica española sobre el liberalismo y la democracia, abierta en los años 60 del S. XX.

En sentido estricto, tal como señalaba Aymes en un primer ensayo bibliográfico publicado en 1989<sup>6</sup>, la revolución liberal de Cádiz había sido un referente a combatir por el franquismo, lo que promovió un tipo de historiografía sobre la misma fundamentalmente denigratoria que como señalaría Passamar en 1992<sup>7</sup>, tuvo un momento álgido en la

---

<sup>6</sup> Aymes, Jean-René. "España en movimiento 1766-1814". En VVAA *La revolución francesa y el mundo Ibérico*. Madrid: Turner, 1989, p. 116.

<sup>7</sup> Passamar, Gonzalo. *Historiografía e ideología de la posguerra española* Zaragoza: PUZ, 1992.

posguerra, como ya había apuntado Jover<sup>8</sup>, aunque tuvo cultivadores a lo largo de todo el Franquismo.

Cuando M<sup>a</sup>. Esther Martínez comenzó a investigar sobre el primer liberalismo español, algunos historiadores habían iniciado ya una relectura científica del mismo, exaltadora de un potencial modernizador, destacando en 1958 la obra de Solís<sup>9</sup>, objeto de valoraciones desiguales pero tan leído que en 1969 tuvo ediciones de bolsillo, y los dos volúmenes punteros que Miguel Artola dedicó a los orígenes de España Contemporánea, en 1959<sup>10</sup>. Sin embargo, hasta entonces, como se desprende de las recopilaciones bibliográficas de Mercader Riba<sup>11</sup>, se había estudiado mucho mejor la Guerra de la Independencia que la revolución de Cádiz. No obstante, después de estos trabajos y algunos más, producidos en los 60 como los de Tierno Galván<sup>12</sup> o Aranguren<sup>13</sup>, se abre lo que Aymes denomina acertadamente “la batalla ideológica sobre la interpretación de las Cortes de Cádiz y la obra de los liberales”<sup>14</sup>, pues la elaboración de una estrategia fundada de cambio a nivel político pasaba por clarificación del pasado, replanteándose las causas y condicionantes y consecuencias de la revolución liberal, cuestiones íntimamente relacionadas con la denominada “polémica sobre la revolución burguesa”, cuyos inicios situaba entre 1996 y 1970, Sisinio Pérez Garzón<sup>15</sup>.

Si lo hasta aquí apuntado subraya el interés socio-político y por ende científico del abordaje de la revolución liberal, también supuso un impulso a la investigación de Martínez Quinteiro, el mantenimiento de la polémica sobre la funcionalidad de la revolución liberal en España, que desbordando los límites de la centrada en torno a los contenidos y logros de la revolución burguesa, afectada por altibajos y por momentos languidecientes aunque una y otra vez resurrecta, se revitalizó con el paso del tiempo, con nuevos replanteamientos y considerandos y, a partir de los 90 del S. XX, con la creciente atención prestada a los límites y logros de su vertiente política democratizadora y nacionalizadora, tal como puso de relieve el Congreso sobre Historia Contemporánea de la Asociación de Historia Contemporánea, celebrado en Salamanca en 1992, o el habido

<sup>8</sup> Jover, José M<sup>a</sup>. *El S. XX en España, 12 estudios*. Barcelona: Planeta, 1974.

<sup>9</sup> Solís, Ramón. *El Cádiz de las Cortes*. Barcelona: Plaza&Janés, 1978.

<sup>10</sup> Artola, Miguel. *Los orígenes de España Contemporánea*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1959.

<sup>11</sup> Mercader Riba, Joan. “Historiografía de la Guerra de la Independencia. Desde 1952-1964”. *Índice histórico español*, 1966, pp. 11-73.

<sup>12</sup> Tierno Galván, Enrique. *Los conservadores de Cádiz. Tradición y Modernismo*. 1962.

<sup>13</sup> López Aranguren, José Luis. *Moral y sociedad. La moral de la sociedad española*. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1965.

<sup>14</sup> Aymes, Jean-René. “España en movimiento p. 118.

<sup>15</sup> Pérez Garzón, Sisinio. *La revolución burguesa en España. Historiografía comparada. S. XX*. Madrid: siglo XXI, 1980.

sobre los orígenes del liberalismo, en la misma ciudad, en 2003, dirigido por Ricardo Robledo, en el que Esther Martínez participó como investigadora invitada.

Hasta aquí el interés de esta línea de investigación en el momento en que la profesora Martínez Quinteiro la inició con su Tesis de Grado sobre “Los Grupos liberales antes de las Cortes de Cádiz”, y convertida en la Tesis Doctoral sobre “Los orígenes del liberalismo político”, en 1975. Estos primeros trabajos y las investigaciones complementarias que le siguieron dieron lugar a las primeras monografías: En 1972 aparecía el libro *Quintana revolucionario*<sup>16</sup> que acompañaba la red de la memoria sobre su proceso y prisión de estudio crítico, notas y comentarios. En 1976 una síntesis sobre “Los orígenes del liberalismo político”<sup>17</sup>, recogía las principales conclusiones de su Tesis Doctoral. Al año siguiente, en 1977, en el libro sobre “Los grupos liberales antes de las Cortes de Cádiz”<sup>18</sup> estudiaba las redes de relaciones, los espacios de sociabilidad y la organización de los primeros grupos liberales españoles. Trabajo completado con una serie de artículos dirigidos a analizar las plataformas socioeconómicas del primer movimiento liberal

En el mismo año de 1977, Esther Martínez estudió la contribución de los militares al liberalismo en la *Revista de Estudios Políticos*<sup>19</sup> y el posicionamiento receloso respecto al mismo de la alta nobleza, en la revista *Hispania*<sup>20</sup>. En 1982 analizó el papel central desempeñado en él por las clases medias, Revista *Studia Zamorensia*<sup>21</sup> y tras hacer balance del Estado de la cuestión sobre el primer constitucionalismo hispano en la *Revista de Estudios Políticos*<sup>22</sup>, analizó en 1983 el papel de la coyuntura económica (crisis del reinado de Carlos IV) en el liberalismo español, en la Revista *Hispania*<sup>23</sup>. Estos primeros trabajos fueron financiados por una Beca de Formación del Personal Investigador del Ministerio de Educación y Ciencia, obtenida en convocatoria pública de carácter competitivo.

---

<sup>16</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. *Quintana revolucionario. ED. de la memoria sobre el proceso y prisión de M. J. Quintana. Estudio crítico. Notas y comentarios de texto.* Madrid: Narcea, 1972.

<sup>17</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. *Los orígenes del Liberalismo político.* Salamanca: Ediciones Universidad. 1976.

<sup>18</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. *Los grupos liberales antes de las Cortes de Cádiz.* Madrid: Narcea. 1977.

<sup>19</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Actitudes políticas de los militares antes de la Restauración de Fernando VII”. *Revista de Estudios Políticos*, 215, 1977.

<sup>20</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Descontento y actitudes políticas de la alta nobleza en los orígenes de la Edad Contemporánea”. *Revista Hispania*, CSIC, 135, 1977.

<sup>21</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Clases medias y alternativa liberal en la crisis del Antiguo Régimen”. *Revista Studia Zamorensia*. 1982.

<sup>22</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “En torno al primer constitucionalismo hispano. Estado de la cuestión”. *Revista de Estudios Políticos*, 28, 1982.

<sup>23</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Coyuntura económica y Liberalismo. 1788-1810” *Revista Hispania*, CSIC, 155, 1983.

Estas primeras investigaciones y publicaciones, incardinadas en la corriente que defendía la aportación modernizadora del liberalismo español y su contribución al cambio pretendieron responder a preguntas formuladas en tiempos muy distantes por autores ideológicamente muy diferentes que se interrogaban sobre los mecanismos mediante los cuales la crisis del Antiguo Régimen, señalada ya por Artola, Maravall o Fontana como causa última de la eclosión del liberalismo, desembocaba en la respuesta liberal en un contexto que las precitadas en primer lugar consideraban poco propicio. A este fin la profesora Martínez Quinteiro analizó las plataformas sociales compuestas por las *sui generis* y plurales clases medias españolas, que hicieron posible la emergencia del liberalismo en nuestro país; las razones económicas, políticas e ideológicas que afectando su status y estabilidad y la del país tuvieron para movilizarse; los anómalos espacios de sociabilidad en que se vieron obligados a moverse (cafés, tertulias, salones particulares, academias, etc.); las sutiles redes al principio más personales que políticas y los rudimentarios mecanismos organizativos de que se valieron; la combinación de recursos culturales e ideológicos, unos internos y otros externos y plurales que les permitieron construir o adaptar a la realidad que les circundaba, su discurso político ad hoc, que define las peculiaridades específicas del liberalismo español; las estrategias y pactos a las que se vieron abocados para poner en marcha la revolución de 1810-1814.

Las conclusiones y materiales aportados por estas investigaciones hallaron eco en historiadores españoles e hispanistas de varia tendencia, entre ellos: Emilio La Parra, Varela Suances, Murphy, Hamnet, Derozier, Cuesta Bustillo o el francés Aymes, que subrayó, todavía en 2003, en el libro colectivo *Los orígenes del Liberalismo político*<sup>24</sup>, la importancia de las matizaciones introducidas por Martínez Quinteiro en 1970 en lo que concierne al debate sobre las fuentes ideológicas del liberalismo político.

En 1990, relanzada la polémica sobre el liberalismo español, tras el bicentenario de la Revolución francesa, después de un paréntesis dedicado por la Profesora Martínez Quinteiro al desarrollo de una segunda línea de investigación, reinició su investigación sobre el liberalismo político indagando el papel desempeñado por la contrarrevolución contemporánea en su contención y en su naturaleza, en el capítulo de un libro aparecido en 1990, dirigido por Mercedes Samaniego y Valentín del Arco sobre Historia, literatura y

---

<sup>24</sup> Aymes, Jean-René. "España en movimiento p. 118.

pensamiento en homenaje a M<sup>a</sup>. Dolores Gómez Molleda publicado por Ediciones Universidad<sup>25</sup>.

En ese mismo año, dirigió un número monográfico de la Revista *Studia Histórica* sobre “Estudios sobre liberalismo” y en 1994 participó en la *Historia del Mundo Contemporáneo*, libro de actas con 6 capítulos dirigidos a estudiar el funcionamiento del Estado Liberal desde 1789 hasta el momento de la aparición del libro, 1994<sup>26</sup>.

La monografía dirigida por Morales Moya y Esteban de Vega sobre la Historia Contemporánea de España publicada por Ediciones Universidad de Salamanca en 1996 comenzaba con un capítulo de la Profesora Martínez Quinteiro, titulado “Del Antiguo Régimen al Régimen Liberal: en torno al supuesto del fracaso de la revolución liberal”<sup>27</sup> donde se analizaban los complejos avatares de la polémica científica ya antes apuntados en torno a la funcionalidad de la revolución económica, social y política liberal española y se reafirmaba su negativa a considerarla un fracaso. Esta publicación fue objeto de una generosa acogida por parte del colectivo científico. Andrés de Blas Guerrero subrayaría su interés, enfatizando su intención revisionista y asegurando que “ofrecía unas sugerentes líneas de interpretación sobre algunos aspectos del S. XIX que quizá constituyen el meollo de nuestro actual debate historiográfico”. En 2004 Emilio La Parra López, Catedrático de la Universidad de Alicante, renunciaba a volver sobre el balance historiográfico de la transición del Antiguo Régimen al Liberalismo y sobre las peculiaridades del proceso en España, recordando que bastaba la oferta de excelentes balances al respecto y, en concreto, sobre los logros o fracasos de la revolución Liberal, refiriéndose al realizado por M<sup>a</sup>. Esther Martínez Quinteiro<sup>28</sup>.

Entre el primer bloque de estudios sobre la plataforma social del liberalismo de los años 70/80 y este último volcado a reflexionar sobre su funcionalidad política, a fines de los 90, la profesora Martínez Quinteiro, inició la segunda de sus líneas de investigación sobre la deriva social del liberalismo, esto es sobre la política social en España.

---

<sup>25</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Los orígenes de la contrarrevolución contemporánea en España”. En Samaniego Boneu, Mercedes; del Arco, Valentín. *Historia, literatura y pensamiento*. Salamanca: Ediciones Universidad. 1990.

<sup>26</sup> Andrés-Gallego, José; Asís, Francisco; Diego, Emilio De; Martínez Quinteiro, María Esther; Moliner Prada, Antonio. “En los umbrales de la Edad Contemporánea”. En Diego, Emilio de (ed.). *Historia del Mundo Contemporáneo*. Madrid: Actas. 1994.

<sup>27</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Del Antiguo Régimen al Régimen Liberal: en torno al supuesto del fracaso de la revolución liberal”. En Morales, Antonio; Esteban de Vega, Mariano (ed.). *La Historia Contemporánea de España*. Salamanca: Ediciones Universidad. 1996.

<sup>28</sup> La Parra López, Emilio. “El legado político del Antiguo Régimen”. En Llopis, Enrique. *El legado económico del A. Régimen en España*. Crítica. 2004.

En realidad, cuando en 1982 puso en marcha su segunda línea de investigación que se desarrolló en adelante paralelamente a la primera, no estaba rompiendo con esta última, sino siguiendo los avatares transformistas del liberalismo europeo, pues si, como es sabido, el discurso liberal se funda, primero y esencialmente, en la apología de las libertades personales que aseguran la autonomía del individuo frente al poder, su dinámica histórica acaba por conducirlo prontamente, en el continente europeo, y con la Revolución Francesa, a asumir la demanda de derechos de participación política y de democracia política, y también tempranamente, a la demanda social de derechos sociales, económicos y culturales, de cuya respuesta, cuando se produce, se desprenden las políticas sociales de signo democrático, diferentes, por su origen y connotaciones, de las autoritarias.

Las políticas sociales practicadas por los Estados liberales, como el español de la Restauración requirieron, en efecto, la flexibilización del liberalismo oficial y su aceptación del principio corrector del intervencionismo del Estado y los Estados Sociales europeos nacidos del periodo de entreguerras, y los que se expandieron después de la Segunda Guerra Mundial. Tal es el caso, en el fondo, de la Constitución de Weimar en 1917, el primer modelo europeo del Estado Social estudiado por Rurup<sup>29</sup>, que subraya la impotencia teórica de la social-democracia alemana para imponer un modelo constitucional propio.

La construcción del Estado del Bienestar precisa de trabajos históricos, institucionales y políticos capaces de estimular e informar los procesos de institucionalización de las políticas sociales, estimulados, pero no suficientemente garantizados por la dinámica del desarrollo económico y por la existencia de protestas sociales. En España, tras la Dictadura, este tipo de estudios parecía urgente, pues el art. 1º de la Constitución de 1978 preveía la construcción de un Estado Social Democrático, asumiendo fundamentalmente el PSOE, que llegó al poder en 1982, el compromiso del desarrollo de un Estado del Bienestar, lo que requería una mirada a lo hecho o no hecho, pero para dicho año 1982 cuando Esther Martínez inició sus investigaciones sobre el crecimiento en España de política social, los estudios sobre la Historia de dicha política en nuestro país eran casi inexistentes. Así lo habían subrayado Feliciano Montero en 1994<sup>30</sup> o De la Calle Velasco<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Rurup, R., “Génesis y fundamento de la Constitución de Weimar”. En Carreras, Juan José. El Estado alemán 1870-1970. *Ayer*, 5, 1990.

<sup>30</sup> Montero, Feliciano. “De la beneficencia a la reforma social”. *Espacio, tiempo y forma*, 1994

<sup>31</sup> Calle Velasco, M<sup>a</sup>. Dolores de la. “Sobre Los orígenes del Estado Social en España”. *Ayer*, 25 en 1997.

Entre los años 70 y los 80 solo cabe señalar la aparición de dos publicaciones de M<sup>a</sup>. Carmen Iglesias<sup>32</sup> y Antonio Elorza<sup>33</sup>, aunque no tienen continuidad, y entre 1980-81 dos artículos de Feliciano Montero sobre la polémica sobre el intervencionismo y la primera legislación social en España<sup>34</sup>.

Se entiende así que en 1982 el Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social decidiera la contratación y financiación con fondos públicos de un equipo de investigadores del Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea de la Universidad de Salamanca, dirigido por Gómez Molleda, del que Martínez Quinteiro formó parte, para la realización de una Historia de los Seguros Sociales en España, que fue una obra absolutamente pionera en su género. Martínez Quinteiro participó en el libro editado por Feliciano Montero, que lleva por título *Orígenes y antecedentes de la Previsión Social*, haciéndose cargo de la segunda parte sobre “La fundación del INP”<sup>35</sup>, en la que además de hacer un recordatorio de las razones de estas primeras cristalizaciones de las políticas sociales que pueden considerarse de iniciativa estatal subrayaría su parquedad y su fracaso relativo en su pretensión de servir de garante de la política social. Las investigaciones que dieron lugar a este libro impulsaron otras y promovieron su participación en los primeros Congresos de Reforma Social del Estado que se celebraron entre 1984 y 1985 en Madrid y en los que lógicamente se centró en el equipo de Salamanca. Asimismo dieron lugar a la publicación de un novedoso número monográfico en la Revista *Studia Historica. Historia Contemporánea*, de la que entonces Esther Martínez Quinteiro era secretaria, sobre la reforma social en España, que apareció en 1984, cuatro años antes del libro, en el que publicó el artículo “El nacimiento de los seguros sociales en el contexto del reformismo y la respuesta del movimiento obrero”<sup>36</sup>. Apuntó en él las reticencias iniciales y la posterior colaboración de solo un sector del movimiento obrero en la puesta en marcha en España de la primera y poco interesante oferta de seguridad social cuyo diseño cabe destacar la cuasi autonomía de la iniciativa burocrática y la debilidad de la plataforma social de sostenimiento. La autora destacó que incluso UGT,

---

<sup>32</sup> Iglesias, M<sup>a</sup>. Carmen. “La fundación de la Comisión de Reformas sociales”. *Revista del Trabajo*, 25, 1969.

<sup>33</sup> Elorza, Antonio. *Burgueses y proletarios. Clase obrera y reforma social en la Restauración 1884-1889*. Barcelona: Laia. 1973.

<sup>34</sup> Montero, Feliciano. “La polémica sobre el intervencionismo y la primera legislación obrera en España: 1890-1900”. *Revista del Trabajo*, 59/60. Montero, Feliciano. “La polémica sobre el intervencionismo y la primera legislación obrera en España: 1980-1981”. *Revista del Trabajo*, 60/61.

<sup>35</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “La fundación del INP”. En: Montero, Feliciano. *Orígenes y antecedentes de la Previsión Social*. Madrid: Ministerio del Trabajo, 1988.

<sup>36</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “El nacimiento de los seguros sociales en el contexto del reformismo y la respuesta del movimiento obrero”. *Studia Historica. Historia Contemporánea*, 4, 1984.

que acabó cooperando en la puesta en marcha de los primeros seguros libres subsidiados por el Estado, lo hizo con dudas y sin entusiasmo imputable al origen no democrático de la iniciativa, a la insuficiencia de la oferta aseguradora inicial del Estado. Pero también al temor del sindicalismo de base múltiple, que utiliza la oferta asistencial sindical para ampliar clientes, a la competencia del Estado asegurador. La débil implicación de la sociedad civil en los albores de la política social española y la cortedad de planteamientos de la diseñada por la burocracia reaparecía de nuevo en otros proyectos y publicaciones en los que fue llamada a participar. Como en 1986 en el libro colectivo *Cuatro siglos de acción social, editado en Siglo XXI*, en el que participó en un capítulo sobre “El nacimiento de la previsión social 1900-1917”<sup>37</sup>, durante mucho tiempo incluido en la lista de los libros recomendados a los alumnos de Derecho del Trabajo de la Universidad catalana Ramón Llull, o como, en 1990 en la primera Historia *Historia de la acción social pública en España*, coordinada por Álvarez Junco y editada por el Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, en la que se ocupó del capítulo “El nacimiento de los seguros sociales”<sup>38</sup>, destacando también de nuevo la cuasi autonomía de la iniciativa burocrática de políticas sociales y su distancia de las demandas de los destinatarios de la misma.

Las investigaciones mencionadas llevaron a Esther Martínez Quinteiro, en 1991, en las Primeras Jornadas de Medicina Social celebradas en Madrid a reflexionar sobre el rol de agentes sociales y políticos en el diseño de las políticas sanitarias públicas y en sus carencias. En el Congreso Internacional de Angers, en Francia, destinado al estudio de las Recepciones sociales, económicas y culturales europeas en América Latina, Martínez Quinteiro analizó el empeño de los burócratas impulsores de las primeras políticas sociales por su exportación a América Latina, guiados por el utópico sueño de lograr la pacífica integración de una comunidad iberoamericana por vía de métodos científico-jurídicos y mediante la promoción de un derecho internacional iberoamericano.

El resultado de las ponencias anteriormente referidas fueron dos publicaciones aparecidas en 1992. El capítulo sobre la actitud de las organizaciones patronales y obreras ante el seguro de enfermedad, entre 1914 y 1917, en el libro coordinado por Huertas, Rafael y Campos, Ricardo (Ed.): *Medicina social y clase obrera en España. Siglos XIX-*

---

<sup>37</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “El nacimiento de la previsión social 1900-1917”. En: AAVV: *Cuatro siglos de acción social*. Madrid: Siglo XXI, 1989.

<sup>38</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “El nacimiento de los seguros sociales”. En: AAVV: *Historia de la acción social pública en España*. Madrid: Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. 1990.

XX<sup>39</sup> y el capítulo sobre “la exportación a Hispanoamérica de los modelos de Seguridad Social española” en el libro colectivo sobre *Europa y América Latina: recepciones y relaciones sociales, culturales y lingüísticas en el S. XIX y XX*<sup>40</sup>.

En 1995 fue invitada por el profesor Carasa, Catedrático de la Universidad de Valladolid a participar en un seminario para estudiar las Elites. De aquel congreso salió en 1995 un libro muy valorado por el colectivo científico, publicado por la Universidad de Valladolid y titulado *Elites. Prosopografía contemporánea* del que el especialista Rey Requillo dijo en 2003 en la Revista *Ayer* que era el mejor estudio sobre élites políticas y sociales entre los muchos y buenos que han visto la luz. Esther Martínez participó en dicha obra en el capítulo titulado “Empresarios y formas organizativas”<sup>41</sup>, que recibió muy buena acogida de la crítica. Aunque por sus contenidos y desarrollo esta publicación desbordó los límites del estudio de política social planteando una serie compleja de propuestas y considerandos teórico-metodológicos para un abordaje del estudio de las élites y de sus organizaciones.

Como se habrá visto hasta aquí, las investigaciones de Esther Martínez Quinteiro sobre la política social del Estado liberal de la Restauración hasta la crisis de 1917 convergían en el apuntalamiento de un diagnóstico acerca del papel hegemónico jugado por la burocracia en la puesta en marcha de políticas de iniciativa estatal, así como de las insuficiencias de su diseño y de la distonía entre dicho diseño, la correspondiente praxis y las plataformas sociales implicadas en su desarrollo como financiadoras o beneficiarias directas, o indirectos del mismo que, con algunas excepciones, o bien se mostraron hostiles o reticentes a un respaldo entusiasta.

Tales investigaciones llevaron a Martínez Quinteiro a concluir, por otra parte, que los objetivos de la política social eran prioritariamente, aunque no sólo, de orden público y que las élites liberales dominantes, especialmente el partido conservador, si excluimos sectores republicanos que apenas tuvieron oportunidad política y algunos líderes del partido liberal, no concebían la política social como la respuesta obligada de la sociedad a los derechos humanos de segunda generación, sino como un sistema para neutralizar o desmovilizar a los obreros o para prevenir su protesta.

---

<sup>39</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Organizaciones patronales y obreras ante el seguro de enfermedad. 1914-1917”. En Huertas, Rafael y Campos, Ricardo (ed.). *Medicina social y clase obrera en España. Siglos XIX-XX*. Madrid: Fondo de Investigaciones Marxistas, 1992.

<sup>40</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “La exportación a Hispanoamérica de los modelos de Seguridad Social española”, en VVAA. *Europa y América Latina: recepciones y relaciones sociales, culturales y lingüísticas en el S. XIX y XX*.

<sup>41</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Empresarios y formas organizativas”. En Carasa Soto, Pedro (ed.) *Elites. Prosopografía contemporánea*. Valladolid: Ediciones Universidad. 1995.

A partir de los años 80 del siglo XX Esther Martínez inicia la tercera línea de investigación que define su obra: la Historia de los Derechos Humanos, línea ligada en los orígenes a las revoluciones liberales.

En aquellos momentos no había al respecto más trabajos salidos de pluma de historiadores que los de Miguel Artola, y la mayoría de los historiadores consideraban que los derechos humanos eran un tema para juristas<sup>42</sup>. Los trabajos de este conocido historiador, que tenían la virtualidad de llamar la atención de los historiadores españoles sobre un campo de investigación tradicionalmente desatendido, priorizaban el análisis descriptivo-explicativo del discurso normativo de los Derechos Humanos, antes que el funcional, o antes que su praxis y prestaban mucha atención a los textos constitucionales<sup>43</sup>.

Por otra parte, los estudios de Artola y alguno de sus discípulos, como más tarde los de Julio Montero sobre Constituciones y Códigos políticos arrojaban una marcada dependencia con respecto a los estudios jurídicos españoles, tanto más cuanto que el filósofo del derecho Peces Barba y su escuela no habían dejado de abordar una explicación histórica del discurso de los Derechos Humanos. Faltaba pues una Historia de los Derechos Humanos hecha por historiadores que no solo atendiera a las vertientes social, económica, ideológica, jurídica, etc., de este rico discurso, nuclear en los procesos occidentales de modernización, sino que no olvidase su análisis funcional y sus avatares y sus virtualidades como herramienta cultural legitimadora/deslegitimadora, movilizadora/desmovilizadora y las incongruencias entre teoría o noma y praxis, que Soboul había analizado con mucho detalle para el caso de la Revolución Francesa y que los promotores de la Historia cultural en España no han agotado. Entendía Esther Martínez Quinteiro que con una investigación

---

<sup>42</sup> En 1973 Artola había afirmado que los historiadores no debían desentenderse de los conceptos sistemáticos que manejaban. En 1979 recordó que los materiales de dominio público eran objeto de la investigación histórica, como por ejemplo el modelo constitucional español del S. XIX, pero no fue hasta 1982, con motivo de su ingreso en la Real Academia de la Historia cuando publicó el texto expuesto con tal motivo bajo el título *Los derechos del hombre*, al que añadió textos jurídicos representativos de los mismos. En 1985 publicó un par de artículos, “El camino hacia la libertad de imprenta, 1808-10” (Artola, Miguel. “El camino hacia la libertad de imprenta, 1808-10”. En Iglesias, M<sup>a</sup>. Carmen.

Moya, Carlos. Rodríguez Zúñiga, *Homenaje a José Antonio Maravall*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1985, pp. 211-219) en homenaje a Maravall y en 1989 otro sobre “Las declaraciones de derechos y los primeros textos fundamentales en los orígenes del constitucionalismo español” (Artola, Miguel. “Las declaraciones de derechos y los primeros textos fundamentales en los orígenes del constitucionalismo español”. En Moral Sandoval, Enrique. *España y la Revolución Francesa*. Madrid: Editorial Pablo Iglesias, p 73-88).

<sup>43</sup> Una tendencia que se repetirá después en los colaboradores de dos números de la Revista *Ayer* aparecidos en los años 90. El editado por Soberanes sobre el primer constitucionalismo iberoamericano en 1992 (Soberanes, José Luis. *El primer constitucionalismo iberoamericano*. Madrid: Marcial Pons, 1992) y el editado por Rafael Flaquer sobre Derechos y constitución en 1999 (Flaquer, Rafael. *Derechos y constitución*, Madrid: Marcial Pons, 1998). En todo caso ni uno ni otro habían aparecido cuando Martínez Quinteiro inició sus trabajos en el tema, ni tampoco el n<sup>o</sup> 3 de la Revista *Ayer* en que Tusell estudiaba el desarrollo del sufragio universal, anterior en un año al de Soberanes, 1991.

de este tipo se haría un servicio a la consolidación de una memoria democrática carente en nuestro país de cimiento histórico de larga duración y demandable como corrector del déficit democrático del liberalismo que comenzaba a subyugarse en los encuentros científicos de los años 90<sup>44</sup>. Había comenzado a investigar en la temática, solicitando un proyecto individual de investigación bienal financiado con fondos públicos, que ponía de relieve los vínculos entre la primera línea de investigación de Esther Martínez Quinteiro sobre el liberalismo y la tercera, en realidad recuperación especializada de la primera, pues el discurso sobre tales derechos constituyó para el liberalismo revolucionario un fundamento axiológico y legitimador sumamente operativo y eficaz que cabía esperar que deviniera en inspirador no solo de Declaraciones sino también de Constituciones, aunque cupiera también el sucedáneo de los derechos ciudadanos.

A fin de explicar la naturaleza dinámica y cambiante del discurso de los Derechos Humanos, en 1995 Esther Martínez publicó el capítulo “Crisis de la Modernidad y Derechos Humanos” del libro sobre las Crisis en la Historia<sup>45</sup>. En él estudió los vínculos entre la modernidad y el discurso de los Derechos Humanos y la consiguiente aceptación del mismo y de sus fundamentos como consecuencia de las sucesivas crisis de la modernidad incluida la de la posmodernidad. En el mismo año, participó en el congreso Homenaje a Artola y en el libro “Antiguo Régimen y liberalismo” publicado por Alianza Editorial, de amplia difusión, que daba publicidad a las conclusiones del Proyecto de Investigación financiado del que disfrutó entre 1992-94 al que ya se ha aludido, que aparecieron en el capítulo titulado “Los Derechos del Hombre: El papel de los Principios en la crisis del Antiguo Régimen”<sup>46</sup>. Aplicando la metodología de la Historia Comparada, analizó en él las ambigüedades del discurso de los Derechos Humanos manejado por el primer liberalismo español y las limitaciones trascendentes al respecto del crítico texto constitucional producido en 1812, reveladoras del pacto con realidad de los liberales españoles, de los orígenes doceañistas del doctrinarismo, pese al progresismo también presente en el texto y del temor de los dirigentes liberales parlamentarios a la movilización popular de la que no precisaban para llevar a cabo la revolución jurídica, negadora de

---

<sup>44</sup> En su favor hablaría Peces Barba el 3 de febrero en la tribuna de opinión de *El País* en el que afirmó que una sociedad como la española con serios conflictos de violencia y terrorismo no podía desestimar la oportunidad de realizar investigaciones sobre Derechos Humanos, necesarios incluso, afirmaba, en la Unión Europea y en la Comunidad Internacional.

<sup>45</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Crisis de la Modernidad y Derechos Humanos”. En: AAV V.: *Las Crisis en la Historia*. Salamanca: Ediciones Universidad, 1995, pp. 160-187.

<sup>46</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Los Derechos del Hombre: El papel de los Principios en la crisis del Antiguo Régimen”. En Fernández Albadalejo, Pablo; Ortega López, Margarita (eds.). *Antiguo Régimen y Liberalismo*. Vol. 3: *Política y Cultura*. Madrid: Alianza, 1995, pp. 243-252.

muchos derechos: resistencia, reunión, libertad de movimiento, así como de la expeditiva resolución de evitar constitucionalizar derechos universales, propiamente dichos, difícilmente conciliables con la voluntad de mantener un imperio colonial en América, sustituyéndolos por medidos “derechos ciudadanos” de carácter sectorial, un sucedáneo.

Una nueva participación de Esther Martínez Quinteiro en el Congreso sobre la Guerra de Cuba, de 1996, la llevó a mostrar cómo ese mismo discurso de los Derechos Humanos, a cuya institucionalización se había negado el primer liberalismo español a comienzos del S. XIX (evitando poner en evidencia su colonialismo), se volvía contra su Imperio, hábilmente instrumentado por EEUU, como legitimador de la independencia de Cuba. Reflexiones publicadas un año después como capítulo del libro *La Guerra de Cuba y la España de la Restauración*, titulado “Derechos Humanos y Política Colonial en los pródromos del 98”<sup>47</sup>.

Probado así el potencial deslegitimador y movilizador del discurso de los Derechos Humanos, Esther Martínez tuvo ocasión de volver a explorar su operatividad en estos aspectos en una nueva investigación emprendida entre 1995 y 1997, que concluiría con la publicación, en el último año citado, por el Consejo Económico y Social de España de una voluminosa y novedosa monografía titulada *La denuncia del sindicato vertical (el debate internacional sobre la violación del derecho de libertad sindical en el tardofranquismo)*. Llevaba esta obra un subtítulo un tanto largo, pero explicativo: “*el debate internacional sobre la violación del derecho de libertad sindical en el tardofranquismo. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo. (1969-1975)*”<sup>48</sup>. El libro fue una respuesta a la demanda de la OIT, que buscaba un historiador dispuesto a abordar el debate internacional generado en el seno de dicha Organización durante la dictadura franquista por las violaciones de los derechos de los trabajadores cometidos por ésta y por la sistemática violación por la Dictadura del Derecho a la libertad sindical. Había sido sin duda éste un tema central o determinante de las muy vidriosas relaciones entre el franquismo y aquella organización donde la denuncia del Sindicato Vertical adquirió especial virulencia.

Una investigación sobre tales cuestiones, de implicaciones múltiples, cumpliría la función de continuar la Historia de las relaciones entre España y la OIT que se había

---

<sup>47</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Derechos Humanos y Política Colonial en los pródromos del 98”. En Diego, Emilio de (ed.). *La Guerra de Cuba y la España de la Restauración*. Madrid: Ediciones Universidad Complutense, 1996, pp. 57-71.

<sup>48</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. *La denuncia del sindicato vertical (el debate internacional sobre la violación del derecho de libertad sindical en el tardofranquismo). las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo. (1969-1975)*. Madrid: CES, 1997.

iniciado con un libro de la Profesora Cuesta Bustillo sobre aquellas en la Segunda República. Un contrato financiado por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, a través de la fundación Pablo Iglesias, llevó a la profesora Martínez Quinteiro hacerse cargo de la investigación correspondiente al tardofranquismo, ocupándose el Catedrático de Historia Contemporánea Abdón Mateos del libro correspondiente al primer franquismo. El tema era inédito y las fuentes se encontraban en el Archivo General de la Administración de Alcalá de Henares, en el Instituto de Estudios Sociales de Amsterdam y en el Archivo de la OIT en Ginebra.

El manejo de tales fuentes permitió a la investigadora añadir algo nuevo al conocimiento de las relaciones internacionales durante la Dictadura de Franco. Hacer una incursión en el insuficientemente explorado campo de la política social del Régimen y enlazar con su segunda línea de investigación, la política social, y su tercera línea, los Derechos Humanos, explorando particularmente su potencial instrumental y movilizador, el peor trabajado por los equipos de juristas que se han animado a intentar análisis históricos de los mismos. Pudo mostrar que si la lucha de los trabajadores ante el sistema sindical de la dictadura no obtuvo los resultados deseados en el corto plazo, contribuyó a imposibilitar al final una transición pactada en la materia, como la producida más tarde en el plano político, propiciando una ruptura total con el viejo sistema sindical y forzó una modernización al menos normativa, del Derecho del Trabajo incluso durante la Dictadura. El libro se convirtió en lectura obligatoria para los alumnos de la asignatura de Derecho del Trabajo del Catedrático Palomeque, en Salamanca y, en 1998, Santos Juliá al trazar un balance bibliográfico sobre los estudios sobre el franquismo en la sección crítica de Babelia, en *El País*, tras destacar un espacio destacado a la cita del libro, lo incluyó en una selección allí publicada sobre “Títulos que retratan una época”.

En relación a esta temática, publicaba en 1998, la profesora Martínez Quinteiro “Movilización y Derechos Humanos. Análisis Histórico del “Derecho al Trabajo”, en la *Revista Jurídica General BICAM*<sup>49</sup>.

Con posterioridad a estos trabajos y con la colaboración de un equipo interdisciplinar de investigación, solicitó y obtuvo un proyecto nacional a desarrollar entre 1997 y el año 2000 que dirigió como investigadora principal, sobre los Derechos Humanos en la España Contemporánea, que nunca perdió de vista la necesaria incardinación del discurso y praxis española de los Derechos Humanos en el marco internacional y europeo.

---

<sup>49</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Movilización y Derechos Humanos. Análisis Histórico del “Derecho al Trabajo”. *Revista Jurídica General BICAM*, Monográfico sobre Derechos Humanos 9, 1998, pp. 265-284.

Los resultados obtenidos de aquella investigación fueron divulgados en los congresos a los que fue invitada, o en aquellos que el propio equipo puso en marcha a tal fin, que no generando actas, propiamente dichas, por dificultades de financiación, promovieron múltiples publicaciones en diversas revistas especializadas de los diferentes miembros del equipo. Las conclusiones de la profesora Martínez Quinteiro, aparecieron en dos artículos publicados en *Historia 16*, “Los Derechos Humanos en la Historia” y “La larga búsqueda de las libertades en España”<sup>50</sup>.

Con posterioridad a estas dos obras aparecía un estudio de la autoría de la misma investigadora sobre el papel de la Unión Europea en la defensa de los Derechos Humanos<sup>51</sup> y una perspectiva histórica sobre el Derecho al desarrollo<sup>52</sup>. Sin abandonar la investigación del derecho a la asistencia y las políticas sociales que la habían ocupado años atrás como queda de relieve en los capítulos de dos libros dirigidos por Santiago Castillo y el primero y por Santiago Castillo y Rafael Rufaza el segundo<sup>53</sup>.

Dicha tarea investigadora estuvo compaginada, desde 1997, con la puesta en marcha de actividades de difusión e intercambio del conocimiento, entre las que destaca la dirección de cerca de una veintena de “Congresos Internacionales de Historia de los Derechos Humanos”, de periodicidad anual. Se realizaron con el apoyo del Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea de la Universidad de Salamanca y de una red institucional compleja de entidades españolas y extranjeras. En todos ellos la Historia sirvió para vertebrar un análisis interdisciplinar del despliegue de la ideología y la praxis de los Derechos Humanos en España pero también en Europa y en otras partes del mundo.

Esta iniciativa fue concebida en parte como espacio de debate y autoformación y a su vez, propició la creación de redes de investigadores que antes de su puesta en marcha o habían trabajado por separado o simplemente no habían cultivado esta perspectiva de la Historia, abriendo, de este modo, en la Universidad de Salamanca, para muchas personas,

---

<sup>50</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Los Derechos Humanos en la Historia”, *Historia 16*, 275, 1999, pp. 50-53. Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “La larga búsqueda de las libertades en España”, *Historia 16*, 275, 1999, pp. 54-61.

<sup>51</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “La Unión Europea y los Derechos Humanos. Viejos y nuevos retos”. En Bringas López, Isabel y Rodríguez Pajares, Emilio Jesús: *Burgos 50 Años de Historia de la Integración Europea. 1951-2001*. Burgos: Universidad Popular para la Educación y la Cultura de Burgos. Asociación Fomento de Educación de Adultos, 2001, pp.106-120.

<sup>52</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Derecho al desarrollo en perspectiva histórica”. En Aguilera Urquiza, Antonio Hilário (Coord.): *Formação de educadores em Direitos Humanos*. Campo Grande: Universidad Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), 2014.

<sup>53</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “El INP (1962-1977). El nacimiento de la seguridad social”. En Castillo, Santiago (Dir.): *Solidaridad, seguridad, bienestar. Cien años de protección social en España*. Madrid: Ministerio del Trabajo e Inmigración, 2008. Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “El INP, 1957-1978”. En CASTILLO, Santiago; Rufaza, Rafael (Coords.): *La previsión social en la Historia de España*. Madrid: Siglo XXI, 2009.

una nueva línea de investigación, caracterizada por su “Enfoque de Derechos Humanos” y sus metodologías de trabajo *ad hoc*.

Desde 2001 a 2007 la doctora Martínez Quinteiro fue coordinadora de un equipo de investigación denominado “Grupo Europa y los Derechos Humanos” (GEDH), vinculado a la Red de la Sorbona “Groupe des Professeurs D’Histoire Contemporaine Auprès de la Commission Européenne”, dirigido por Robert Frank, de la Universidad Paris 1, de más de un centenar de investigadores, incardinado en el Instituto Pierre Renouvin, interconectando la tarea investigadora de los miembros de dicho Grupo con los de otros varios, como la “Asociación para el Estudio de los Derechos Humanos”, ubicada en la Universidad de Salamanca, anticipo de la actual “Asociación para el Estudio de la Democracia, la Ciudadanía y los Derechos Humanos” (AEDCYDH) creada por Martínez Quinteiro y dirigida por ella desde 2005 hasta la actualidad, y como el Equipo “Derechos del Hombre” del Centro de Estudios para la Cooperación Jurídica Internacional de la Universidad de Poitiers. Como resultado de tal colaboración vio la luz una obra destacada, el *Diccionario plurilingüe de los derechos y libertades del espíritu*<sup>54</sup>, publicación internacional en cuatro idiomas (francés, español, alemán e inglés), de carácter comparado, realizada por un equipo de sesenta investigadores de las Universidades de Marburg, Bristol, Poitiers y Salamanca, con una directora del proyecto general internacional, Céline Hiskoc, un coordinador, Jean Pierre-Dionnet, franceses, y un coordinador/a de cada grupo nacional. M<sup>a</sup>. Esther Martínez Quinteiro dirigió el equipo español de la Universidad de Salamanca, ocupándose, dentro de dicho Diccionario, de la voz “Derecho a la información”<sup>55</sup>.

Desde el año 2000, los Congresos Internacionales de Historia de los Derechos Humanos, dirigidos por la mencionada profesora, empezaron a incluir también, entre otras muchas y variadas ponencias o mesas redondas, algunas sobre los derechos de las mujeres. La atención sectorial a este aspecto de los Derechos Humanos, se reforzó con la creación en 2002 del “Equipo de Investigación Pardo Bazán”, EPB, vinculado al CEMUSA, cuyas investigadoras e investigadores, dirigidas por la profesora Martínez Quinteiro, se comprometieron a la aplicación de la perspectiva de género en las investigaciones realizadas con motivo de la elaboración de aquellas Tesis o Trabajos de Grado que versen sobre Historia de las Mujeres o de sus Derechos.

---

<sup>54</sup> AAVV: *Dictionnaire plurilingüe des Droits Humaines*. Bruselas: Bruylant, 2008.

<sup>55</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Derecho a la información”, Voz 44. AAVV: *Dictionnaire plurilingüe des Droits Humaines...* pp. 517-523.

En relación a las publicaciones de la doctora Martínez Quinteiro sobre los derechos de las mujeres y las discriminaciones de género es preciso destacar los capítulos realizados en la obra dirigida por la Catedrática de Historia Contemporánea Josefina Cuesta Bustillo, el primero de ellos en coautoría con María de la Paz Pando Ballesteros, en la *Historia de las mujeres en España. Siglo XX*. Una obra en cuatro volúmenes que fue seleccionada por el Instituto de la Mujer para conmemorar con su publicación el vigésimo aniversario de su creación y contó con una gran difusión<sup>56</sup>. Sobre la evolución de las relaciones de género del franquismo a la democracia publicaba en un libro colectivo editado por la Junta de Castilla y León en 2006<sup>57</sup>. En 2007 coeditaba *La igualdad como compromiso: Estudios de género en homenaje a la profesora Ana Díaz Medina*, realizado en el marco del CEMUSA en homenaje a su primera Directora, tras el final de su mandato<sup>58</sup>. Sobre los *Discursos de Género*, en 2011 editaba, junto a otros autores, *La mujer en la Historia, el Arte y el Cine. Discursos de Género, Variantes de contenido y soportes. De la palabra al audiovisual*<sup>59</sup>. Fruto de un congreso de la Asociación de Estudios e Investigación de Historia de las Mujeres, AEIHM, realizado en la Universidad de Salamanca, a instancias de la profesora Martínez Quinteiro, edita junto a la Catedrática de Historia Medieval M<sup>a</sup> Isabel del Valdivieso García la monografía *Comiendo del fruto prohibido. Mujeres, Ciencia y Creación a través de la Historia*<sup>60</sup>. Muy recientemente, 2016, presentaba una reflexión sobre la Igualdad de Género en una obra publicada en Brasília<sup>61</sup>.

Con el tiempo, las redes de investigación establecidas en torno a todas estas actividades se extendieron hasta la otra orilla del Atlántico, ampliando el marco geográfico de los estudios y estableciendo contactos con especialistas en la materia de múltiples universidades de América Latina, especialmente brasileñas. Estas investigaciones sobre los

---

<sup>56</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther; Pando Ballesteros, María de la Paz: “El trabajo de las mujeres entre 1950 y 1965”. En Cuesta Bustillo, Josefina (dir.): *Historia de las mujeres en España. Siglo XX*. Madrid: Instituto de la Mujer, 2003. Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Los derechos humanos y los de la mujer en el franquismo. 1939-1969”. En Cuesta Bustillo, Josefina (dir.): *Historia de las mujeres en España...*

<sup>57</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther: “Historia de las mujeres en España: del franquismo a la democracia”. En Celma Valero. M<sup>a</sup> Pilar y Morán Rodríguez, Carmen (eds.). *Con voz propia*. Segovia: Junta de Castilla y León, 2006.

<sup>58</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther y otras (eds.). *La igualdad como compromiso: Estudios de género en homenaje a la profesora Ana Díaz Medina*. Salamanca: Ediciones Universidad, 2007.

<sup>59</sup> Hidalgo Rodríguez, David; Cubas Martín, Noemí; Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther (eds.). *La mujer en la Historia, el Arte y el Cine. Discursos de Género, Variantes de contenido y soportes. De la palabra al audiovisual*. Salamanca: Ediciones Universidad, 2011.

<sup>60</sup> Valdivieso García, M<sup>a</sup> Isabel del; Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup> Esther (eds.): *Comiendo del fruto prohibido. Mujeres, Ciencia y Creación a través de la Historia*. Barcelona: Icaria, 2015.

<sup>61</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther: “Igualdade de gênero”. En: FURTADO COÊLHO, Marcus Vinicius (org.): *A Efectivação dos Direitos da Igualdade*, Brasília: Conselho Federal, 2016.

Derechos Humanos dieron lugar a la publicación de un monográfico, coordinado por M<sup>a</sup>. Esther Martínez, de la *Revista de Ciências Sociais e Humanas, IMPULSO*, de la Universidad Metodista de Piracicaba, de San Paulo, Brasil<sup>62</sup> centrado en el multiculturalismo. Los lazos con los investigadores brasileños se reforzaron tras la creación, en 2009, del “Grupo de Creación y Difusión del Conocimiento sobre Estudios Interdisciplinarios en los Derechos Humanos” del Centro de Estudios Brasileños, EIDH del CEB, de la Universidad de Salamanca, que desde 2013 colabora con el Foro Internacional Iberoamericano de los Derechos Humanos, FIIDH, con sede en Campo Grande, Mato Grosso Do Sul, Brasil, del que Esther Martínez es coordinadora junto con el profesor de la Universidad Complutense de Madrid, Jesús Lima Torrado.

Se sumaron a estas iniciativas, la puesta en marcha, en febrero de 2014, del Grupo de Investigación internacional, “Dimensions of Human Rights”, adscrito al Instituto Jurídico de la Universidad Portucalense Alfonso Henriques de Oporto, dirigido por Esther Martínez Quinteiro, el cual no hace sino consolidar una importante red de trabajo formada por investigadores y especialistas en Derechos Humanos en este caso lusófonos e hispanohablentes. Es precisamente en esta Universidad de Oporto en Portugal, donde la profesora Martínez Quinteiro sigue ejerciendo su magisterio, como Catedrática de la Facultad de Derecho, desde octubre de 2016, una vez jubilada de la Universidad de Salamanca.

Tras la dilatada trayectoria profesional, solo recogida en parte en estas páginas, en la que ha aunado tanto la docencia, como la gestión y la investigación, dedicando desinteresadamente buena parte de su tipo y de sus esfuerzos a formar investigadores en materia de Derechos Humanos que actualmente se han convertido en profesionales de reconocido prestigio, sino reconocidas y consolidadas redes de trabajo internacionales, son muchos los que reconocen el florecimiento de una escuela salmantina de estudios interdisciplinarios de Derechos Humanos con perspectiva histórica encabezada por Esther Martínez que representa un importante legado. Una muestra del trabajo de parte de esa red puede verse en la monografía editada por Pando Ballesteros, Muñoz Ramírez y Garrido Rodríguez, publicada por Catarata en 2016<sup>63</sup>, en la que Esther Martínez publicaba un

---

<sup>62</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther: (coord.). *Direitos Humanos e Multiculturalismo. Impulso*, 45/46, 18, 2008.

<sup>63</sup> Pando Ballesteros, M<sup>a</sup>. Paz; Muñoz Ramírez, Alicia; Garrido Rodríguez, Pedro (dirs.), *Pasado y presente de los Derechos Humanos. Mirando al futuro*, Madrid: Catarata, 2016.

capítulo titulado “El discurso de los Derechos Humanos en perspectiva histórica. El síndrome de la Torre de Babel”<sup>64</sup>.

Por esta labor de promoción y divulgación del estudio de los Derechos Humanos, la doctora M<sup>a</sup> Esther Martínez Quinteiro ha recibido diferentes premios y reconocimientos. El 30 de agosto de 2012, recibió el Diploma de Ilustre Visitante concedido por la Asamblea Legislativa del Estado de Mato Grosso do Sul (Brasil) instituido por Resolución N° 018/8, en reconocimiento a su destacada actuación en el ámbito nacional e internacional sobre Derechos Humanos, fortaleciendo la democracia y la ciudadanía por medio de conferencias impartidas en eventos educativos realizados en las instituciones surmatogrosenses. El 29 de abril de 2015 recibió el “Premio de Derechos Humanos”, concedido por la OAB (Orden de Abogados de Brasil) por su obra académica de formación de especialistas en Derechos Humanos y difusión de investigación en este campo, entregado en el curso de la VI Conferencia de Abogados celebrada entre el 27 y el 29 de abril de 2015 en Belém de Pará, Estado de Pará, Brasil. El 12 de agosto de 2016 se le otorgó la Medalla Conmemorativa del Tribunal de Justicia de Maranhão, por su trabajo académico en investigación y docencia de Derechos Humanos, semanas después fue propuesta por la Facultad de Derecho de Damas, Recife, Pernambuco, para recibir el Doctorado Honoris Causa por dicha institución.

Entre el 4 y el 7 de octubre de 2016, en la Universidad de Salamanca, con la colaboración de la Facultad de Geografía e Historia y su Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea, la Facultad de Derecho y el Centro de Estudios Brasileños se realizaba un Congreso-Homenaje con motivo de su jubilación en dicha institución. La obra de la que forma parte este capítulo representa la publicación de las Actas de dicho Congreso en forma de libro-homenaje en el que participan muchos de sus colegas, colaboradores y/o discípulos que a través de estas páginas pretenden/prendemos rendirle un sencillo y sentido reconocimiento y mostrarle la enorme gratitud por su magisterio, su dedicación sentida y el haber podido disfrutar de su amistad.

---

<sup>64</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “El discurso de los Derechos Humanos en perspectiva histórica. El síndrome de la Torre de Babel”. En Pando Ballesteros, M<sup>a</sup>. Paz; Muñoz Ramírez, Alicia; Garrido Rodríguez, Pedro (dirs.), *Pasado y presente de los Derechos Humanos...* 41-59.



## ESTHER MARTÍNEZ QUINTEIRO, UNA ADELANTADA EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

M<sup>a</sup> Concepción Romero Quintana

*Jefa de la Unidad contra la violencia de género de la Subdelegación del Gobierno en  
Salamanca.*

Buenos días.

Ante todo deseo expresar mi agradecimiento por la oportunidad de participar en este merecido homenaje a la profesora Esther Martínez Quinteiro.

He tenido la gran oportunidad de trabajar codo con codo con ella en el ámbito de la VG, que es en el que yo me desenvuelvo profesionalmente, y son varios los calificativos que desde diferentes conceptos que la definen, puedo hacer de ella:

- Como persona, gran **persona** implicada en difundir y promover los DDHH por el mundo.
- **Profesora** excelente de esta magnífica Universidad de Salamanca y como podemos comprobar hoy, de otras muchas Universidades prestigiosas de medio mundo.
- **Profesional** activa, pasional, creativa, sincera, práctica, positiva, generosa, resolutiva, convincente, etc
- **Compañera** de fatigas, por lo que a mí respecta, en la lucha contra la violencia sobre la mujer
- **Amiga:** de los lazos profesionales que nos unieron los últimos diez años, han surgido otros lazos de amistad, cariño y confianza que confío que sigamos manteniendo el resto de los años de vida que ambas tengamos por delante.

Es mi deseo felicitar también a la organización de este Congreso, muy en especial a M<sup>a</sup> Paz Pando, por la idea de despedir a una luchadora por los derechos de las mujeres con un congreso dedicado, precisamente, a los Derechos Humanos.

A mi intervención la he titulado: “Esther Martínez Quinteiro, una adelantada en la lucha contra la VG”, porque he querido reconocerla a ella, junto con una minoría de mujeres de su generación y de unas cuantas más de generaciones anteriores, que supieron VER lo que era INVISIBLE para todos los demás, con los problemas que esto conlleva incluido el descrédito y el rechazo de quien no VE ni le interesa VER.

Ella y estas pocas mujeres, lo que anticipaban y veían con claridad era el cruel atentado que a lo largo de la historia se estaba cometiendo contra la mujer por el hecho de serlo.

Un atentado a los DDHH más elementales contra:

- La vida
- La integridad física y psíquica

- La libertad
- La seguridad
- La igualdad entre H y M
- La propia de identidad, ...

Hay otro mérito añadido para Esther y este grupo de mujeres adelantadas a su tiempo y visionarias de una realidad que hoy, YA, nos parece clara, tangible, medible y de la que ya “casi” nadie duda: la del fenómeno de la violencia de género. El mérito al que hago referencia es que además de VERLO y de SABERLO, lo HICIERON SABER, lo dieron a conocer, hablaron de él e instruyeron sobre él.

No guardaron silencio. Lo hablaron y casi lo gritaron.

Fue y fueron la VOZ que explicaba lo que cada víctima padece cuando está inmersa en esta terrible situación de violencia. Y fueron el ALTAVOZ que obligaba a escuchar a una sociedad que no quería OIR, no quería intervenir, no quería entender, no quería VER.

Así fueron los comienzos de unas “adelantadas” a su tiempo que nos han traído a una realidad actual de importantes avances en este terreno:

- Mayor sensibilidad y conciencia social
- Gran dotación de recursos de todo tipo: Humanos (expertos y expertas en la materia, profesionales de diferentes disciplinas,...) Materiales (Dispositivos electrónicos y teléfonos de teleasistencia que aumentan la seguridad de las víctimas, sistemas informáticos,...) Económicos (ayudas, inserción laboral en empresas,...) Jurídicos (leyes, asesoramiento legal, justicia gratuita,...) Etc...

Aun así, todos ellos INSUFICIENTES.

El problema persiste, incluso surgen nuevas formas de violencia de género a través de las nuevas tecnologías. El problema se mantiene.

Y en éste ámbito de la Universidad, debo resaltar la importante labor de investigación que corresponde realizar desde aquí, para abrir nuevas vías de investigación y profundizar en el conocimiento veraz, exhaustivo y científico de este fenómeno, que permita generar soluciones claras, testadas, evaluadas,... para erradicar de una vez esta lacra social que hoy todos y todas identificamos como universal, de gran magnitud y de gran importancia.

A pesar de los importantes logros alcanzados todavía tenemos RETOS por delante:

- El de avanzar en los condicionamientos históricos y culturales que tan bien se conocen en esta Facultad de Historia, respecto a las mujeres.
- El de ROMPER EL SILENCIO que aún perdura en la víctima, en su familia, en su entorno. Romper el silencio para hacer una condena rotunda, impedir la

impunidad y para generar confianza en un Sistema que debe de funcionar, que tiene que funcionar.

- Ayudar a la mujer a superar el estancamiento y el anclaje en esta relación de maltrato en la que se encuentra inmersa por su dependencia emocional y apego al agresor, por su distorsión en la percepción que tiene de control de la situación, por su baja percepción del peligro para ella y sus hijos e hijas, por su baja autoestima, por su indefensión aprendida, por sus falsas esperanzas de que va a cambiar, por su miedo a las represalias, por su falta de recursos económicos, por su falta de apoyo emocional en su entorno,...
- Otro reto: Hacer VER que HAY SALIDA. Porque ya la está habiendo para ese 80% de mujeres que en España están saliendo de la VG a través de la DENUNCIA o de la RUPTURA de la relación de maltrato. Lo hacen a través de:
  - ✓ Apoyo de sus familias y amistades (que cada vez entienden mejor el problema y le ayudan)
  - ✓ Independencia emocional y económica
  - ✓ Mayor percepción de peligrosidad y del riesgo que corren
  - ✓ Mayor Autoconfianza y la autoestima
  - ✓ Determinación e ímpetu para salir
  - ✓ Mayor autonomía personal
  - ✓ Autocontrol y de la mayor percepción de control de la propia vida.
  - ✓ Y por supuesto, cómo no?, a través de la buena respuesta institucional. Ahí tenemos que estar las instituciones acompañando y adelantándonos a sus necesidades para cubrirlas.

Para finalizar, un mensaje a los hombres, como elemento clave en este problema.

- En primer lugar, un mensaje de felicitación para todos los hombres que en poco tiempo han sabido responder a las exigencias de estos nuevos tiempos de igualdad con respecto a la mujer. Que han renunciado a sus privilegios históricos pero anticuados, egoístas e injustos. Que han hecho esta renuncia por convicción, no por obligación ni por adaptación, sino por CONVICCIÓN
- En segundo lugar una invitación. Les invito a que generen una “nueva masculinidad” cargada de valores actuales, modernos, que corrijan esta gran injusticia. Valores como la igualdad, la corresponsabilidad, la reciprocidad, el respeto a la identidad y todos los etcéteras que quedan por añadir.
- Les invito a que tomen la iniciativa en este tema y a que se hagan visibles en esta lucha contra la violencia de género.

Querida Esther, seguimos CONTANDO CONTIGO, queda mucha tarea por hacer, hay trabajo, no hay lugar para jubilaciones... Desde tus ondas radiofónicas, desde tus escritos, desde tus investigaciones, desde tus colaboraciones con las importantes Universidades hoy aquí representadas, sabemos que sigues PRESENTE.

Necesitamos tu energía y tu sabiduría. CONTAMOS CONTIGO.

MUCHAS GRACIAS.

# **CONFERENCIA INAUGURAL**



## AVATARES DEL DISCURSO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. DERIVAS Y ALTERNATIVAS

### VICISSITUDES OF THE INTERNATIONAL DISCOURSE OF THE UN HUMAN RIGHTS. DERIVATIVES AND ALTERNATIVES

M<sup>a</sup> Esther Martínez Quinteiro

*Catedrática de la Universidad Portucalense de Oporto en Portugal,  
jubilada de la Universidad de Salamanca.*

**Resumen:** La construcción del discurso propositivo y normativo de derechos humanos universales por la ONU, llamado a modelar una praxis mundial democrática, fue un proceso necesario y oportuno, pero erizado de dificultades. Para acercar posturas y vencer las dificultades, la ONU recurrió desde el principio al posibilismo, la laxitud de los controles, y la fragmentación de la propuesta de reconocimiento de derechos, de modo que, como mal menor, los Estados pudieran adherirse al proyecto axiológico de convergencia en mínimos progresivamente y “por parcelas”. Dicha estrategia, al principio coronada por el éxito, permitió avanzar, a costa de la coherencia lógica, pero va revelando cada vez mayores fisuras operativas, a medida que la ONU asume las crecientes demandas de colectivos con intereses diversos y a veces confrontados. Dichas fisuras son aprovechadas por los promotores de “discursos alternativos de derechos”, neoconservadores, patriarcales, religiosos, políticos, relativistas, comunitaristas, soberanistas, o neoliberales, que, aprovechando las debilidades procedimentales en el sistema de implementación del discurso de los derechos humanos y la creciente obsolescencia y deslegitimación de la estructura de las Naciones Unidas, donde éste se consensúa, erosionan la solidez de dicho constructo discursivo, su mayor logro. Concluye la autora que no hemos de abandonar el barco necesario para nuestro viaje planetario cuando el casco hace agua, sino taponar las grietas.

**Palabras clave:** Declaración Universal de los Derechos Humanos, Naciones Unidas, Discurso Internacional de Derechos Humanos de la ONU.

**Abstract:** The construction of the proactive and normative discourse of universal human rights by the UN, in order to design a democratic world praxis, was a necessary and timely process, but bristling with difficulties. To approach positions and overcome the difficulties, from the beginning, the UN drew on to possibilist attitude, the laxity of controls, and the fragmentation of the proposal of recognition of rights, so that, as a minor wrong, States could adhere to the axiological project of convergence in minimum progressively and “by areas”. This strategy, at first crowned by success, allowed progress, at the expense of logical coherence, but it reveals increasing operational fissures, as the UN assumes the growing demands of groups with diverse and sometimes opposed interests. These fissures are exploited by the promoters of “alternative rights discourses”, neoconservatives, patriarchal, religious, political, relativist, communitarian, sovereign, or neoliberal, who, taking advantage of the procedural weaknesses in the system of implementation of the discourse of human rights and the growing obsolescence and discredit of the structure of the United Nations, where it is agreed, erode the solidity of this discursive construct, its greatest success. The author concludes that we must not abandon the ship necessary for our planetary journey when the hull makes water, but to plug the cracks.

**Keywords:** Universal Declaration of Human Rights, United Nations, International Human Rights Discourse of the UN.

Puede parecer un poco largo el título que hemos dado a esta conferencia, destinada a ser publicada, pero dado que no hay hoy, ni ha habido en el transcurso del tiempo, una versión única de los Derechos Humanos, y su definición está bastante menos clara de lo que pudiera creerse a primera vista<sup>1</sup>, conviene a efectos de entendimiento precisar a qué “discurso” nos estamos refiriendo cuando procedemos a hablar de alguno de los producidos en torno a tal materia o cuando nos proponemos convertirlo en objeto de investigación, como es el caso.

Nos atenderemos ahora a poner de relieve los avatares experimentados por el paradigma discursivo hegemónico de los Derechos Humanos, que es, desde la segunda mitad del siglo XX, el elaborado en las Naciones Unidas. Articularon éstas un discurso sobre tal cuestión parcialmente heredero, ciertamente, de los textos surgidos para defender la colonización transoceánica, el capitalismo mercantil y las revoluciones liberales occidentales que arrancan de fines del siglo XVII y se extienden en el tránsito del siglo XVII al XIX y que establecen un primer y duradero elenco de inalienables “derechos del hombre”; pero tal herencia ideológica, aunque todavía reconocible por la enfatización que se hace en la ONU de las facultades de la persona humana, como ente individual y sujeto explícito o prevalente de la mayor parte de los derechos humanos, a la que se van añadiendo pasado el tiempo derechos colectivos de nuevo cuño, fue perfeccionada e hibridada por aportes varios y consensos múltiples, que vinieron a ampliar y modificar sus contenidos iniciales, convirtiéndola en un dinámico y flexible conglomerado de principios y normas de vocación declaradamente universalista, integradora y homologadora, compatible no obstante con la diversidad y la diferencia.

Tal “discurso de derechos humanos”, como acabamos de subrayar, prescriptivamente “universalista”, no puede considerarse *stricto sensu* “universal” por el reconocimiento obtenido<sup>2</sup>, pues no carece de detractores y negadores, pero tiene hoy una amplísima aceptación internacional, compite ventajosamente, aunque con inevitables roces, con otros discursos alternativos autodenominados de “derechos

---

<sup>1</sup> Martínez Quintero, M<sup>a</sup> Esther. “El discurso de los derechos humanos en perspectiva histórica. El síndrome de la Torre de Babel”, en Pando Ballesteros, Paz; Muñoz Ramírez, Alicia y Garrido Rodríguez Pedro: *Pasado y presente de los Derechos Humanos, mirando al futuro*, Madrid, La Catarata, 2016, pp. 41 a 59.

<sup>2</sup> “La universalidad de los derechos humanos- dice Rodriguez Toubes- no significa que todos los juzguen universales, sino que en la concepción de quienes los admiten está implícito que todos son titulares de ellos y todos deben disfrutarlos; reconocer los derechos humanos es reconocer su universalidad”. Cit. en Rodríguez -Toubes Muñoz, Joaquín. *La razón de los derechos*. Madrid, Tecnos, 1995, p. 67.

humanos”, y, pese a su frecuente transgresión, y también a su contestación, es muy prestigioso e influyente.

El complejo “conglomerado discursivo” articulado por las Naciones Unidas para definir lo que la comunidad internacional organizada debe entender por “Derechos Humanos” recupera y aporta los materiales precisos para la creación del Derecho Público Internacional de los mismos<sup>3</sup>, derecho positivo de obligado cumplimiento en los Estados con él comprometidos. La base de tal constructo normativo sigue siendo, paradójicamente, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, que en diciembre de 2018 cumplirá 70 años de vida; decimos paradójicamente porque, en principio, la “Declaración”, como su nombre indica, no tenía una naturaleza jurídica, sino orientativa o ético-política. El texto, consensuado en su día por un Comité nombrado por la Comisión de Derechos Humanos, de 8 miembros<sup>4</sup>, salió adelante

---

<sup>3</sup> ONU. *Derechos Humanos. Recopilación de Instrumentos Internacionales, Volumen I (Primera parte) Instrumentos de carácter universal* [en línea] <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Compilation1sp.pdf>> [13 agosto 2017].

<sup>4</sup> Naciones Unidas. *Historia de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos* [en línea] <<http://www.un.org/es/sections/universal-declaration/history-document/index.html>> [5 junio 2017]; Oraá Oraá, Jaime y Gómez Isa, Felipe. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2008.

El Comité creado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU con el encargo de redactar el texto de 1948 sobre los mismos, estaba formado por ocho miembros: Lo presidía Eleanor Roosevelt, viuda del presidente Franklin D. Roosevelt (de Estados Unidos) que luchó animosamente por sacar a flote la Declaración, pero que olvidando que su marido había invitado en 1943 al Congreso de los EEUU a luchar por cuatro libertades esenciales, inclusivas de la “libertad de vivir sin miseria y sin miedo” (*freedom of speech, freedom of religion, freedom from want and freedom from fear*), pretendía inicialmente convertir la Declaración de 1948 en un “calco” de la Declaración de Independencia de EEUU y reducirla a una lista de derechos civiles y políticos individuales. Fue el redactor del primer texto, o borrador de trabajo, el jurista y diplomático francés René Cassin (Francia), buen conocedor del modelo de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, cuyas resonancias, pero también su superación, en el texto del 48 son evidentes, pues Cassin era flexible y estaba atento a la conciliación y sugerencias de los demás, convencido de que sin un acuerdo axiológico de mínimos el mundo no podría vivir en paz. La conciliación, en este caso con las culturas asiáticas preocupó también un personaje cuya aportación a la Declaración es injustamente olvidada hoy, Peng Chun Chang (P.C.Chang), un intelectual universalista, político y diplomático chino, con formación occidental, buen conocedor del pensamiento confuciano, representante del Kuomintang en la ONU, que aspiraba a ser mediador entre la cultura occidental y la china y que luchó para evitar que la Declaración tuviera connotaciones religiosas o se ligara de forma excesiva a una sola cultura, así como para que fuera lo más sencilla y clara posible (Cit. en “Peng-chun Chang (1892–1957) China” [en línea] <<http://www.menschenrechte.org/lang/es/verstehen/menre-geschichte/peng-chun-chang-1892-1957-china>> [1 octubre 2017] Formaron también parte del mismo Comité Charles Malik (Líbano); Alexandre Bogomolov (Unión Soviética); el británico Charles Dukes (Lord Dukeston, de Reino Unido); el abogado canadiense John Peters Humphrey, director de la división de derechos humanos de la ONU; William Hodgson (Australia) y el jurista chileno Hernán Santa Cruz, que luchó con particular tenacidad por la inclusión de derechos humanos de segunda generación en la Declaración.

Véanse al respecto: ONU. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Historia de la redacción de la Declaración Universal. La Declaración Universal de los Derechos Humanos: La primera declaración mundial sobre la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos* [en línea] <<http://dudh.es/historia-de-la-redaccion-de-la-declaracion-universal-de-los-derechos-humanos/>> [1

después de un duro debate y difíciles negociaciones, y tras 1.400 votaciones sobre su articulado, sin ningún voto en contra de los presentes en la sesión de votación, a la que asistieron representantes de todos los países que en aquel momento formaban parte de la ONU, menos dos, de escaso peso: Honduras, en aquel momento una dictadura de derecha que mal podía conciliarse con principios democráticos, y un país islámico muy subdesarrollado, también muy alejado de los mismos, Yemen, que había ingresado en la Liga Árabe en 1946 y en la ONU en septiembre de 1947, pero que venía de un largo aislamiento previo. Más trascendencia que estas dos ausencias, tenían las ocho abstenciones, que la literatura institucional minimiza a veces, pero que eran reveladoras de las hondas disimilitudes ideológicas que existían entre los 58 Estados a la sazón miembros de las Naciones Unidas. Es vano empeño, sobre todo, negar la relevancia de la posición abstencionista frente a la Declaración de Derechos Humanos de la Unión Soviética estalinista, superpotencia militar que ocupaba uno de los 5 puestos fijos del Consejo de Seguridad de la ONU, con derecho a veto y con elevada capacidad de arrastre del bloque socialista.

Los analistas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 han atribuido a diferentes razones que la URSS, aun aceptando, si bien a regañadientes, participar en los debates de la Comisión redactora de la Declaración, donde hizo diversas propuestas fallidas y donde respaldó al francés René Cassin cuando defendió (contra el criterio de los EEUU, y con el decidido apoyo de algunos representantes latinoamericanos, como el chileno Hernán Santa Cruz<sup>5</sup>, Australia y Nueva Zelanda,

---

agosto 2017] Redacción. “Breve historia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, *Sustentarse Sustentabilidad y responsabilidad social* [en línea]. Noviembre 22, 2011 < <https://sustentarsemx.wordpress.com/2011/11/22/breve-historia-de-la-declaracion-universal-de-los-derechos-humanos/>> [1 agosto 2017]; ONU. “Los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos” [en línea] <<http://www.un.org/es/sections/universal-declaration/drafters-universal-declaration-human-rights/index.html>> [ 5 junio 2017]; “René Cassin présente la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme à la tribune de l'ONU” (Video). < <http://fresques.ina.fr/jalons/fiche-media/InaEdu04665/rene-cassin-presente-la-declaration-universelle-des-droits-de-l-homme-a-la-tribune-de-l-onu.html>> [3 agosto 2017]; Redacción. “Diez curiosidades sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos” [en línea]. *Público*, 10 diciembre 2014. <<http://www.publico.es/actualidad/diez-curiosidades-declaracion-universal-derechos.html>> [5 junio 2017] y Hessel, S., *Indignaos*, Barcelona, Destino, 2011, pp. 32 a 34.

<sup>5</sup> Recordaba en diciembre de 2008 Rainer Huhle que “Santa Cruz... insistía en que los derechos económicos y sociales se trataran igual que los políticos. Su convincente argumento al respecto, que aún no ha sido aceptado por todo el mundo, lo expuso en un punto del preámbulo de la Declaración Universal: “Para gozar de las libertades fundamentales, las personas tienen que estar protegidas biológica y económicamente de la inseguridad social”. Desde su punto de vista, era precisamente la garantía de los derechos económicos y sociales lo que podía evitar el retorno del fascismo. Santa Cruz no fue el único que abogó por que se fijaran dichos derechos en la Declaración. Algunos Estados de América Latina, además de Francia, Australia, Nueva Zelanda y otros “países pequeños”, apoyaron la ampliación del

entre otros) la inclusión en el texto de derechos sociales, económicos y culturales, se abstuviera finalmente, tras lograrlo, de votar a su favor en la Asamblea General de la ONU. Algunos lo han atribuido al reconocimiento en la Declaración Universal del derecho a la libertad de movimientos recogido en su Artículo 13, y prohibida en la URSS, que no la reconocía, y otros han insistido en que no podía aceptar la inclusión en dicho texto del derecho a la propiedad privada (reconocida, junto con el derecho a la propiedad colectiva, en el Artículo 17). Carlos Ponce Martínez<sup>6</sup> recuerda que la doctrina soviética señala usualmente como causas de su desafección a la DUDH la negativa de los representantes de los países occidentales a incluir en ella las propuestas de la URSS, singularmente las concernientes a la prohibición de las organizaciones de carácter fascista y antidemocrático y del uso por las mismas de las libertades y derechos que pudieran propiciar su acción o la propaganda de guerra y a la explicitación del reconocimiento del derecho de los pueblos a su autodeterminación<sup>7</sup>, ahora denegada, aunque incorporado más tarde, en 1966, al PIDCP y al PIDESC. Pero lo cierto es que, sin negar que estas cuestiones, de naturaleza estratégica, pesaron, no puede olvidarse que la concepción individualista, universalista y laica de los derechos humanos que prevaleció, no era fácilmente asumible, por diferentes razones, ni por los países islámicos ni por los soviéticos, por más que, en el caso de estos últimos, la Constitución estalinista de 1936 incluyera por primera vez en la URSS un capítulo de *Derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos* que nominalmente y a primera vista, podían parecer similares a los atribuidos en la Declaración Universal a todos los hombres<sup>8</sup>, lo

---

listado clásico de derechos humanos después de que Estados Unidos pusiera en duda los derechos económicos, sociales y culturales, originalmente formulados por el Presidente Roosevelt. Sin embargo, sus contemporáneos coinciden en que nadie luchó tan obstinadamente por esos derechos como Hernán Santa Cruz”. Cit. en Huhle, Rainer, *Hernán Santa Cruz (1906–1999) Chile*. [en línea] Biografías, Centro de Derechos Humanos de Nuremberg (NMRF), 2008. <<http://www.menschenrechte.org/lang/es/verstehen/menre-geschichte/hernan-santa-cruz>> [1 agosto 2017].

<sup>6</sup> Ponce Martínez, Carlos, “La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos”, publicada en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la universidad de Extremadura* N° 19-20, 2001-2002, pp. 253-279.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 258

<sup>8</sup> En vísperas de la elaboración de la Declaración, la UNESCO llevó a cabo una investigación sobre los problemas teóricos que podría suscitar la Declaración, consultando al respecto a diferentes expertos de las naciones miembro de dicha Organización. Puede consultarse la publicada en español en 1976 (Carr E. H. y otros. *Los Derechos del Hombre*, Laia, Barcelona, 1976). Varios de los expertos analizaron la concepción soviética de los derechos humanos (nunca la praxis) en la era estalinista, sobre todo a partir de la Constitución de 1936 y sus diferencias con la concepción occidental. Se aprecia en sus respuestas, particularmente en el capítulo del profesor polaco Sergius Hessen sobre “Los derechos del hombre en el liberalismo, en el socialismo y en el comunismo” (incluida en la Ob. cit, pp. 163-212), el ánimo de buscar

que indujo a la esperanza voluntarista de que fuera posible llegar con ellos a un acuerdo de mínimos sobre valores compartidos, muy necesario para asegurar la paz mundial. De las dificultades de tan laudable y necesaria empresa, dificultada por tacticismos políticos e instrumentaciones del discurso de los derechos humanos menos nobles, llamadas a prolongarse en el tiempo, nos habla el hecho de que, en 1948, los países miembros de la ONU situados en la órbita comunista, y no sólo la URSS, se abstuvieron de votarla, como Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Yugoslavia, tras un violento debate que evidenció el choque ideológico de la concepción socialista soviética y la liberal o socialdemócrata occidental de los derechos humanos, y que ha recogido con mucho detalle el fallecido Antonio Cassese en una excelente monografía dedicada, hace muchos años, al estudio de los derechos humanos en el mundo contemporáneo<sup>9</sup>.

Compatibilizar la filosofía de los derechos del hombre de los países occidentales con las tradiciones religiosas y culturales islámicas de los países pertenecientes a la ONU era aún más difícil que intentar hallar puntos comunes entre las versiones liberal/sociales y comunistas, pero las diferencias entre las concepciones occidentales y las de los países islámicos, aunque llegaron a explicitarse en el curso de los debates habidos, no generaron todavía en 1948 excesivas tensiones, por razones político-estratégicas. Se aceptó que Arabia Saudita, a la sazón una monarquía absoluta

---

concordancias más que diferencias, pero de la lectura del conjunto de las aportaciones se desprende que éstas no podían ser ignoradas.

*El contraste entre la tradición democrática occidental y la concepción soviética, más reciente (...) - concluía el profesor de filosofía norteamericano John Somerville (en el capítulo "Comparación de los principios democráticos soviéticos, con referencia especial a los derechos del hombre", en Ob. cit. del E. H. Carr y otros, pp. 227-231)- puede formularse como sigue: en cuanto al sector, el acento primordial de la tradición democrática de occidente ha recaído sobre los derechos políticos, mientras que el soviético acentúa primordialmente los derechos sociales, esto es, los factores conectados con la raza, el color y el sexo, en relación a cuestiones tales como la ocupación, la salubridad y la educación. En cuanto al modo de instrumentación, la preocupación fundamental de las tradiciones democráticas occidentales se ha centrado en dar a los individuos libertad con respecto a la interferencia del Gobierno, mientras el soviético pone en el lugar más destacado la planeación gubernamental.*

En realidad, para la URSS, como dejaba más claro Boris Tcheschko, asesor soviético de la UNESCO en el capítulo titulado "El concepto de los Derechos del Hombre en la URSS según los textos oficiales" (incluido en la Ob. cit. de E. H. Carr y otros pp. 237 a 263) los derechos humanos solo se pueden concebir en un contexto de colectivización de los bienes de producción, que permiten dar sustancia a derechos como el derecho al trabajo, pues cuando el Estado no dispone de dichos medios no puede garantizarlo. El sistema económico condiciona también el contenido de los derechos civiles y políticos, como ocurre, por ejemplo, en la URSS, con el derecho a la libertad, concebido como el *derecho a emanciparse del Estado capitalista, ya que, en una sociedad socialista*, subrayaba Tchechko (p. 253), *el individuo no pretende emanciparse del Estado*, ni necesita garantizar su autonomía frente a él.

Veáse respecto a esta cuestión también Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup> Esther. "Crisis de la modernidad y Derechos Humanos" En Wickham, Chris y otros, *Las crisis en la Historia*, Salamanca, Eds. Universidad, 1994, pp.161 a 187.

<sup>9</sup> Cassese, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 40-46.

islámica que iniciaba el despegue petrolero y cada vez estrechaba más las relaciones con los EEUU a expensas de Gran Bretaña, decidiera, a diferencia del Yemen, mantener las formas y presentarse en la sala de votaciones, pero se abstuviera de votar la Declaración, como más tarde se abstuvo en ratificar los pactos que la desarrollaron (PIDCP y PIDESC)<sup>10</sup>, textos muy lejanos, todavía hoy, de sus tradiciones. Resulta más difícil de comprender, a no ser que se consideren sus alianzas y el momento político de los países, que se hubiera logrado el voto afirmativo, pese a sus explícitos desacuerdos en materia religiosa y familiar, de otros países islámicos, como Irán, por entonces gobernado por Mohammad Reza Pahlaví, colaborador de los aliados y embarcado en la “revolución blanca”, pero desde los años 80 del siglo XX, en cambio, abiertamente crítico con el discurso de derechos humanos de la ONU, o como Pakistán, hoy visiblemente incómodo con él<sup>11</sup>. Suponer que Arabia Saudí se abstuvo exclusivamente de votar la Declaración en 1948 porque no estaba dispuesta a renunciar al matrimonio concertado, como requería el Artículo 16 de la Declaración, ni a conceder a los islámicos el derecho a cambiar de religión, como exigía el Artículo 18, reconociendo que este sí es un principio irrenunciable para el Islam, es minimizar la hondura de sus

---

<sup>10</sup> Resulta a primera vista muy extraño que Arabia Saudita haya ratificado en el año 2000 la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer (CEDAW)*, incluso tras el lanzamiento en marzo del 2000 de la campaña de Amnistía Internacional contra las violaciones de derechos humanos en Arabia Saudí y tras haber sido conminada en septiembre a ratificar la CEDAW por dicha ONG. Se entiende mejor este gesto, una mera operación de imagen o maquillaje, si se recuerda que la firmó con una reserva, la de no respetarla si entra “en contradicción” con las normas del Derecho Islámico. Como recordaba el informe de Amnistía, Arabia Saudí ya se había adherido a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, así como a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y a la Convención sobre los Derechos del Niño. En estos dos últimos casos, sin embargo, introdujo amplias reservas respecto a todos los artículos que entran en conflicto con la Ley Islámica, como subrayaba textualmente Amnistía Internacional en *Arabia Saudí. Las mujeres, víctimas de graves abusos contra los derechos humanos*, Londres, septiembre de 2000. Ver la constancia de la ratificación en Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas. “Estado de ratificación para Arabia Saudita-Aceptación del procedimiento de comunicaciones individuales para Arabia Saudita” [en línea] <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=152&Lang=SP](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=152&Lang=SP)> [1 agosto 2017] y las denuncias de la prosecución de la discriminación de las mujeres en Sáenz de Ugarte, Ignacio. *Guerra eterna. mujeres saudíes* [en línea] JPG, 24 de julio de 2016 <<http://www.guerraeterna.com/discriminacion-mujer-saudi/>> [1 agosto 2017].

<sup>11</sup> En 1981 el representante de Irán en la ONU, Said Rajaie-Khorassani, afirmó ante la Asamblea de la misma que la *Declaración de 1948* no era otra cosa que *la interpretación secular de la tradición judeo-cristiana, que los musulmanes no podían aceptar y no iban a aceptar*. Ver Littman, David. “Universal Human Rights and 'Human Rights in Islam'”, *Midstream*, febrero/marzo de 1999. En 2007, ante el Consejo de los Derechos Humanos, el embajador de Pakistán, en nombre de la *Organización de la Conferencia Islámica*, optó por el funambulismo y, siguiendo el camino abierto por la *Liga Árabe* (ver nota 40) defendió que la *Declaración De El Cairo* de 1990, que sostiene que los derechos humanos deben ser interpretados y aplicados a la luz de la *Sharía*, la cual discrimina a las mujeres e impone un Derecho Penal no compatible con las normas de de la ONU, no debía ser desechada, pues no era una alternativa de la DUDH sino que *la complementaba*, añadiendo cuestiones religiosas o culturales de aplicación en los países musulmanes.

diferencias con la filosofía occidental de los derechos humanos individuales en general y con los de las mujeres en particular, que aún persisten, y han sido reiteradamente denunciados por las organizaciones de derechos humanos, aunque no impidan incongruentes transacciones formales.<sup>12</sup>

Tampoco se logró, en 1948, esta vez por razones distintas, la adhesión explícita a la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de la Unión Sudafricana, en aquel momento miembro del Comunidad Británica de Naciones, según algunos porque se negaba a aceptar derechos de segunda generación, y, según otros, porque no tenía la mínima intención de renunciar al “apartheid”, incompatible con el artículo 2 de la Declaración<sup>13</sup> y practicado hasta 1992.

Lo cierto es que las apuntadas diferencias no impidieron que, gracias a la habilidad de los diplomáticos, fuera aprobada la Declaración, con 48 votos a favor<sup>14</sup> y ninguno en contra, aunque no por unanimidad, por la Asamblea General de la ONU. En parte esto se logró por la renuncia a que el Documento presentado a votación se erigiera en norma imperativa vinculante, dejando para futuros Convenios o Pactos la delicada tarea de darle a los principios allí proclamados una dimensión de tal índole; dicha transacción, apoyada por la mayoría de los representantes de los Estados presentes en la Asamblea General de la ONU fue aceptada con pragmatismo, junto con algunas otras, por el delegado de Francia en la ONU, René Cassin<sup>15</sup>, principal redactor de la Declaración del 48.

---

<sup>12</sup> Fue motivo de escándalo general, que Faisal Bin Hassan Trad, embajador saudí en la ONU, fuera nombrado en 2015 presidente de un panel de expertos independientes en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y que, en abril de 2017, Arabia Saudí haya sido elegida como miembro de la Comisión de la ONU sobre la Condición de la Mujer para el cuatrienio 2018-2022.

<sup>13</sup> “Artículo 2: Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

<sup>14</sup> Los 48 votos a favor fueron, por orden de lista, los de Afganistán, Argentina, Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Birmania, Canadá, Chile, China (hasta 1971 representada por la República Popular China), Colombia, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, Egipto, El Salvador, Etiopía, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Islandia, India, Irán, Irak, Líbano, Liberia, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Nicaragua, Noruega, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Filipinas, Tailandia (Siam), Suecia, Siria, Turquía, Reino Unido, Estados Unidos, Uruguay, Venezuela.

<sup>15</sup> Cassin aceptó también que no se incluyera en ella el derecho de los pueblos a la autodeterminación, reclamado por la URSS, que hubo de esperar a su reconocimiento por la Asamblea en los años 60, con el fin de evitar el rechazo de las potencias coloniales, renunciando también, para evitar el recelo soberanista, a la creación de la figura de un Fiscal General que persiguiera las violaciones de los derechos humanos y contentándose con que se impusiera a los Estados la obligación de remitir al a ONU un informe anual sobre el cumplimiento de la Declaración. Cit. de *René Cassin and the Human Rights* de Jay Winter y Antoine Prost, en Solozóbal, Juan José. “René Cassin y los derechos humanos” [en línea] Opinión. *EL Imparcial*. Martes 20 de septiembre de 2016. < <https://www.elimparcial.es/noticia/169746/opinion/rene-cassin-y-los-derechos-humanos.html>> [2 junio 2017].

La Declaración se autodefine cautelosamente como

ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Puede considerarse un éxito que el texto en que se enmarcaba esta proclama, meramente propositivo en su inicio, hubiera llegado a ser traducido en 2017 ya a 501 idiomas y dialectos<sup>16</sup> y, sobre todo, que se haya logrado que la Declaración sea considerada por muchos juristas, y por la misma ONU, como derecho consuetudinario internacional de obligado cumplimiento<sup>17</sup>, en función de la amplísima recepción de sus principios en Tratados, Acuerdos y Leyes o Constituciones nacionales<sup>18</sup>, lo que explica que sea presentada a menudo como un “instrumento jurídico”<sup>19</sup> y no simplemente como un paradigma axiológico optativo, aunque persista el debate sobre su verdadera naturaleza e imperatividad.

Antoni Cassese escribía a comienzos de los años 90 del siglo XX:

La Declaración, pese a todos su puntos débiles, ha tenido la fuerza de arrastre de los grandes textos políticos o religiosos. Ha erosionado poco a poco las diversas resistencias de los Estados que inicialmente no la reconocían y los ha implicado en el

---

<sup>16</sup> ACNUDH. *La Declaración Universal de Derechos Humanos está disponible ya en más de 500 lenguas y dialectos* [en línea] <<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/UDHR500Translations.aspx>> [1 junio 2017].

<sup>17</sup> ONU. “Colección de Tratados de las Naciones Unidas. Definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas” [en línea] pp.4-6 <<http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml>> [2 octubre 2017].

<sup>18</sup> “En numerosas convenciones, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos-subraya la web de La ONU- se han reiterado los principios básicos de derechos humanos enunciados por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como su universalidad, interdependencia e indivisibilidad, la igualdad y la no discriminación, y el hecho de que los derechos humanos vienen acompañados de derechos y obligaciones por parte de los responsables y los titulares de estos. En la actualidad, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas han ratificado al menos uno de los nueve tratados internacionales básicos de derechos humanos, y el 80 % de ellos ha ratificado al menos cuatro de ellos, lo que constituye una expresión concreta de la universalidad de la DUDH y del conjunto de los derechos humanos internacionales”. Cit en ONU. *La Declaración Universal de Derechos Humanos: fundamento de las normas internacionales de derechos humanos* [en línea] <<http://www.un.org/es/documents/udhr/law.shtml>> [3 abril 2017].

<sup>19</sup> Así la califica (“primer instrumento jurídico internacional inspirado directamente en los derechos humanos”), entre otros, por ejemplo, Pons Rafols, Xavier. “La adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en Pons Rafols, Xavier y Asociación para la Naciones Unidas en España. *La Declaración universal de derechos humanos: comentario artículo por artículo*, Barcelona, Ycaria Antracyt, 1998, p. 29

aspecto ético-político... ha producido, de manera casi impalpable muchos resultados concretos, solo visibles en un largo periodo. El más importante es uno que definiré en términos esencialmente negativos: la Declaración constituye uno de los parámetros fundamentales en base a los cuales la comunidad internacional puede negar legitimidad a determinados Estados. El Estado que sistemáticamente pisotea la Declaración está considerado como indigno de aprobación por parte de la comunidad internacional<sup>20</sup>.

Cierto: los derechos humanos en general, y su primer soporte en particular, son cada vez más utilizados para avalar las causas más diversas o para condenar moralmente a los transgresores de los mismos. Sin embargo, sin negar el potencial legitimador y deslegitimador de la Declaración del 48, su amplísima difusión, y la importancia de sus efectos axiológicos y jurídicos homologadores, así como su extendida afirmación como derecho consuetudinario<sup>21</sup>, conviene subrayar las insuficiencias de contenidos, garantías, y, en algunos artículos, de precisión<sup>22</sup>.

En primer lugar, el tratamiento que da la Declaración a los derechos de segunda generación, cuya introducción se destaca a veces como novedad muy importante, ha contribuido a debilitarlos. Adela Cortina, además de censurar, con matices, la imprecisión del artículo 25<sup>23</sup> que establece el derecho de toda persona al bienestar, subraya que el condicionamiento de la obligación de cumplir los derechos sociales a “la organización y los recursos de cada Estado”, en el Artículo 22, ha convertido a dichos derechos en “un conjunto de buenas intenciones, con el que cada

---

<sup>20</sup> Cassese, Antoni, Ob. cit., pp. 54 y 56.

Parecido entusiasmo muestra, entre otros muchos, a fines de la misma década, Casares y Potau, Francesc, “La Declaración Universal de Derechos Humanos 50 años después”, en Pons Rafols, Xavier y Asociación para la Naciones Unidas en España. *La Declaración Universal de Derechos Humanos: comentario artículo por artículo*, cit. p. 26 y ss.

<sup>22</sup> Bastaría recordar la polémica generada por la redacción algo confusa del derecho a la libertad de movimientos contenido en el Artículo 13 de la Declaración de 1948, que para unos autoriza el derecho universal a inmigrar y para otros no (aunque la interpretación más plausible a la luz del texto, pero sobre todo de los posteriores Convenios, es ésta) o la perplejidad causada a los analistas por el alcance del Artículo 28: derecho a un orden social e internacional (indefinido) que garantice los derechos y libertades contenidos en la Declaración, y del Artículo 29: existencia de deberes (indefinidos) de la persona respecto a la comunidad, si en ella es posible del desarrollo libre y pleno de la personalidad.

<sup>23</sup> “A mi juicio, dice, es sumamente desafortunada la expresión que aparece en el Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos humanos de 1948: “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar”, si bien a continuación queda mejor aclarado qué se incluye en tal derecho (alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios, seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia, educación, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental, etc.)”. Cortina, Adela, “El futuro de los derechos sociales”. En Aranteko. *Vigencia y futuro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario* [en línea] 1998, p. 71 <[http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0\\_209\\_1.pdf](http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_209_1.pdf)> [18 agosto 2017].

Estado puede hacer lo que bien le parezca”<sup>24</sup>. Ciertamente hoy la ONU defiende su justiciabilidad, algunos portavoces de la misma aseguran que hay mecanismos para asegurar su cumplimiento incluso si los recursos económicos nacionales son escasos<sup>25</sup> y algunos de sus más destacados gestores han logrado que se incluyan los derechos de segunda generación bajo el emergente paraguas integrador del “Derecho de Seguridad Humana”<sup>26</sup>, principio en proceso de afirmación y consenso desde hace tres décadas, pero lo cierto es que, en su literalidad, incluso el PIDESC, que los desarrolló, vuelve sobre una fórmula que debilita, aunque menos que la usada en la Declaración, su carácter vinculante, lo que no ocurre con los derechos de primera generación<sup>27</sup>

Es evidente que, al margen de la imperatividad que se les reconozca, la escueta y desencarnada lista de derechos subjetivos de primera generación (civiles y políticos) y de segunda generación (sociales, económicos y culturales), reconocidos en el articulado del documento de 1948, no resulta suficiente para cubrir las demandas de la “ciudadanía mundial” o las reivindicaciones de los colectivos sociales que actualmente requieren derechos de “tercera generación” (difusos, como la paz o el medio ambiente, o tan concretos como los de grupos específicos o vulnerables: niños, personas con discapacidad, indígenas, etc, etc., convertidos a menudo , unos y otros, en banderín de los “nuevos movimientos sociales”). La Declaración no sirve tampoco para satisfacer a quienes reivindican el reconocimiento de “derechos de cuarta generación” (relacionados con los desarrollos de la ciencia y la tecnología y su impacto en el ciberespacio y la comunicación). Por otra parte debe reconocerse que la difusión del Documento que nos ocupa ni siquiera asegura la implementación jurídica, y menos aún la práctica, en todas las áreas del planeta, de al menos los derechos especificados en él.

Por eso, sin perder el antedicho referente, pero rebasándolo, el discurso internacional de los derechos humanos se desarrolla más allá del mismo, desplegándose en un cúmulo de Convenios, Pactos o Tratados, Protocolos, Resoluciones y

---

<sup>24</sup> *Ibidem.* p.71.

<sup>25</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

<sup>26</sup> ONU. “El concepto de seguridad humana” [en línea] <<http://www.un.org/humansecurity/es/content/el-concepto-de-seguridad-humana>> [15 agosto 2017].

<sup>27</sup> Cuando establece la progresividad de su desarrollo, renunciando a su inmediatez al afirmar: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Recomendaciones vinculantes, esta vez de carácter inequívocamente jurídico, más de 80 instrumentos aprobados en diferentes momentos, muy desigualmente ratificados, algunos más reconocidos que otros, como el PIDCP y el PIDESCS<sup>28</sup>, aprobados en 1966, pero todos ellos bastante menos conocidos en su conjunto por sus destinatarios o beneficiarios y por los operadores del Derecho, como abogados o jueces, que la Declaración primigenia. Por otra parte, forman parte también del “discurso internacional de los derechos humanos”, no exclusivamente normativo, principios enumerados o proclamados en los discursos propositivos de los burócratas de la ONU o en las Resoluciones, Declaraciones y Recomendaciones de carácter orientativo o ético-político producidas en este mismo marco.

El “dualismo de los instrumentos” de derechos humanos desarrollados por las Naciones Unidas (vinculantes *versus* propositivos) y el “dualismo de naturaleza” atribuido alternativa o globalmente por los representantes o portavoces de la Organización a los que denominan “derechos humanos” (morales *versus* positivados), viene propiciado por la indefinición del fundamento de los últimos en sus textos, pareciendo aún hoy que la ONU apuesta a veces, y según en qué documento, por el iusnaturalismo y otras lo hace por el iuspositivismo. Ciertamente esto dota al discurso global sobre los derechos humanos de mayor flexibilidad para satisfacer “al alimón” a iusnaturalistas y iuspositivistas, para responder a demandas y necesidades cambiantes sin pasar obligatoriamente por el farragoso proceso negociador que implica a puesta en marcha de un Tratado en la ONU y facilita la creación de instrumentos, de consenso menos dificultoso que los Convenios, concebidos como recursos pedagógicos y modeladores de la opinión pública internacional, cuya previa aquiescencia es precisa para lograr la cristalización jurídica de nuevos derechos. Pero tanta maleabilidad conceptual y tanta dispersión textual y de soportes de los derechos humanos también

---

<sup>28</sup> Como es sabido, *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) [en línea] <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>> [1 octubre 7] y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) [en línea] <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr-one.htm>> [1 octubre17] desarrollan en el plano normativo la *Declaración Universal* de 1948 y constituyen, con ella, y con los Protocolos Facultativos de ambos Pactos, la *Carta Internacional de los Derechos Humanos*.

El PIDCP, que, para facilitar las ratificaciones de países socialistas o colectivistas, omite el “derecho humano de propiedad privada”, reconocido en el artículo 13 de la Declaración, e introduce, ahora sí, en el Artículo 1 un derecho colectivo, el derecho de los pueblos a la autodeterminación, que también se recoge en el PIDESC, ha sido ratificado hasta el momento (2017) por 169 Estados, mientras el PIDESC lo ha sido por 166, según la “Tabla de ratificaciones de instrumentos de derechos humanos” <<http://www.derechoshumanos.net/normativa/tabla-de-ratificaciones-de-instrumentosdederechos-humanos.htm>> [15 octubre 17].

puede generar alguna confusión, especialmente entre los menos avisados o no receptivos, sobre el grado de obligatoriedad de los mismos y facilitar rechazos o negaciones de los derechos propuestos y hasta de los consensuados, pero no amparados por el Derecho.

Como consecuencia de la utilización de la doble conceptualización descrita, de la metodología de producción acumulativa (progresividad) y de la imparable expansividad adaptativa que ésta y las demandas de diferentes colectivos propician, los “derechos humanos” defendidos por la ONU aparecen hoy más que como un todo coherente de fácil asimilación y renovación acompasada, como un rompecabezas fragmentario de encaje no siempre fácil y de desigual actualización (hay Convenios muy recientes y otros muy antiguos, en ciertos casos visiblemente obsoletos para abordar problemáticas sobrevenidas en su momento no previstas). Esta “oferta de retazos”, o piezas sueltas, permite a los países comprometerse con el fragmento y despreciar el puzle, práctica que se traduce en una desnaturalización del discurso que le hace perder calidad emancipatoria (basada en delicados equilibrios y contrapesos de los principios de libertad, igualdad y solidaridad, así como de los derechos individuales y los colectivos) o permite lisa y llanamente su manipulación desvirtuadora o perversa.

La ONU opera intentando neutralizar en el plano teórico el efecto de la fragmentación posibilista de la propuesta en la fragmentación selectiva de las adhesiones, recordando, como vimos, que la Declaración Universal de 1948 es derecho internacional consuetudinario, y que los derechos humanos, además de progresivos (pueden añadirse nuevos derechos, pero no se puede privar a la sociedad o a las personas de los ya reconocidos) están interrelacionados y son indivisibles, interdependientes, y no jerarquizables<sup>29</sup>. Así lo hizo constar la *Proclamación de Teherán* efectuada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Teherán el 13 de mayo de 1968, que, en el Artículo 13, establece:

Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la

---

<sup>29</sup> Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra. *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica* [en línea] Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf>> [1 septiembre 17].

aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social.

En lo antedicho insiste la *Declaración de Viena*, efectuada por los representantes de 171 Estados presentes en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos organizada por la ONU y celebrada en 1993 en dicha capital:

5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales<sup>30</sup>.

Esto mismo recuerda hoy, para quienes quieran consultarla, la web oficial de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (ACNUDH) creada en la antedicha Conferencia de 1993<sup>31</sup>.

Sin embargo, la reiterada proclamación por las Naciones Unidas de indivisibilidad de los derechos humanos se contradice con el sistema de creación del Derecho Público Internacional de los mismos y aún con la mecánica de la producción discursiva puramente axiológica promovida desde dicha Organización, que procede a agrupar distintas categorías de derechos humanos en diferentes Declaraciones, Pactos, Convenios, etc., permitiendo a los Estados firmar y ratificar separadamente los

---

<sup>30</sup> “La Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 es un hito en la historia de las Naciones Unidas. La aprobación de la Declaración y el Programa de Acción de Viena fue de gran ayuda para nuestros esfuerzos encaminados a lograr la observancia de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los 7.000 participantes en la Conferencia superaron importantes diferencias para elaborar un documento final convincente que pusiera de relieve el carácter indivisible e interdependiente de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, que se refuerzan mutuamente. La Declaración y el Programa de Acción de Viena reforzaron importantes principios, entre ellos la universalidad de los derechos humanos y la obligación de los Estados de acatarlos. Además, proclamó inequívocamente los derechos de la mujer y subrayó la necesidad de combatir la impunidad, inclusive mediante la creación de una corte penal internacional permanente. La promoción y protección de los derechos se confirmó como un elemento central de la identidad y el propósito de las Naciones Unidas, lo que llevó a adoptar la crucial decisión de establecer el cargo de Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Cada vez que esos derechos se violan o son amenazados, la voz del Alto Comisionado se levanta coherente, clara y resonante en favor de la dignidad y la rendición de cuentas”. Cit. textual de Declaración y Programa de Acción de Viena (folleto en PDF) <[http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_Spanish.Pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.Pdf)> [1 agosto 2017].

<sup>31</sup> ACNUDH. *¿Qué son los derechos humanos?* [en línea] <[http://www.ohchr.org/ SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx](http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx)> [1 septiembre 2017].

instrumentos que le parezcan oportunos, hacer reservas a los mismos, o desecharlos, pidiéndoles blandamente cuenta únicamente de los ratificados. Eso hace posible que, por ejemplo, EEUU (un ejemplo entre muchos otros, aunque particularmente llamativo por el uso que hace del discurso de los derechos humanos para deslegitimar a sus enemigos) haya ratificado tardíamente, en 1992, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, pero no la inmensa mayoría de los demás, entre ellos el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, del mismo año, que, en su día, ciertamente fueron ofertados separadamente precisamente con el fin de facilitar (como mal menor) adhesiones parciales al discurso normativo de los derechos humanos elaborado por la ONU. El mismo fin tienen los Protocolos adicionales facultativos de los Convenios, que recogen aquellas exigencias de derechos generadoras de mayores resistencias de los Estados miembros, permitiendo su segregación de los compromisos adquiridos en torno a determinadas materias.

Por otra parte, por muy proactiva y educativa que sea la producción de instrumentos de derechos humanos no vinculantes jurídicamente, como las Declaraciones, Proclamaciones o Recomendaciones de este tipo, a veces un prerrequisito necesario - aunque insuficiente- para su posterior juridificación, y aunque tras su elaboración esté el deseo de no desasistir las demandas de colectivos vulnerables (proporcionándoles al menos recursos de movilización y argumentos legitimadores) o la voluntad anticipatoria de culminar tal iniciativa con la puesta en marcha de un Convenio cuando el consenso internacional lo permita, o la de proponer nuevos desarrollos de derechos previamente pactados, contribuyen también estos recursos “blandos”, muy numerosos, a la jerarquización (vetada en teoría) de los derechos humanos, al crear una división entre los dotados de fuerza jurídica obligatoria y los que, aun siendo reconocidos como “derechos”, carecen, paradójicamente, de dicha fuerza, aunque estén consensuados y aprobados. Así, mientras, por ejemplo, los muy transgredidos derechos humanos de las mujeres a no ser discriminadas son hoy en teoría de obligado cumplimiento para los muy numerosos países que han ratificado la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW), aprobada en 1979 y vigente desde 1981 (con 189 ratificaciones en 2017<sup>32</sup>) la cual, aunque su eficacia sea modesta, dispone de un órgano específico (Comité) de

---

<sup>32</sup> Bases de datos del ACNUDH. *Tablero interactivo del estado de las ratificaciones* [en línea] <[http://www.ohchr.org/sp/publicationsresources/pages/databases.aspx/status\\_of\\_ratification\\_interactive\\_dashboard](http://www.ohchr.org/sp/publicationsresources/pages/databases.aspx/status_of_ratification_interactive_dashboard) <http://indicators.ohchr.org/>> [15 octubre 2017].

supervisión en la ONU, los de los proclamados derechos de los 370.000.000 de indígenas de la tierra dependen del compromiso moral de aplicarlos contraído por los 150 adherentes actuales a la *Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007 por la amplia mayoría de 143 Estados, (con solo 4 votos en contra, que acabarían retractándose unos años después, 11 abstenciones y 34 ausencias), pero, desde un punto de vista jurídico, su cumplimiento no es en principio obligatorio, lo que los debilita<sup>33</sup>.

A decir verdad, la “jerarquización” de derechos se produce también en la gama de los Derechos juridificados mediante Convenios, no sólo al condicionar los derechos de segunda generación a los varios recursos del Estado y de la cooperación internacional, o al renunciar a exigir la inmediatez de su implementación, como ya vimos, sino, de forma bastante contradictoria y sorprendente, al establecer la ONU en la información digital ofertada en sus Webs, la mayor importancia de diez de ellos<sup>34</sup>, al calificarlos de “principales”, algo que, en nuestra opinión, debería revisarse.

Pese a las contradicciones procedimentales detectables en la determinación de la lista o condición de los derechos humanos señaladas y como de alguna manera hemos venido anticipando hasta aquí, en la actualidad cabe constatar la crecida del intento, por

---

<sup>33</sup> Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo. *El Desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre los Derechos Indígenas*, Copenhague, Ed. Iwgia, 2010.

<sup>34</sup> “Hay- afirma literalmente la ACNUDH- diez principales tratados internacionales sobre derechos humanos. Cada uno de estos tratados han establecido un comité de expertos encargados de supervisar la aplicación del tratado por los Estados Partes. Algunos de los tratados se complementan con protocolos facultativos relativos a preocupaciones especiales”. Ver ACNUDH en “Los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos” [en línea] <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>> [1 mayo 2017].

Estos son los tratados enumerados por el *Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos* en la Web mencionada, como “principales”, que, salvados PIDCP y PIDESC, cuantitativamente, concentran, sobre todo, la atención en mujeres, niños, personas con discapacidad y migrantes: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones forzadas; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a Abolir la Pena de Muerte; Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía; Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

parte de ONGs y movimientos sociales, de acogerse al paraguas protector de derechos humanos de la ONU y la consiguiente proliferación de apelaciones legitimadoras a los derechos humanos por parte de aquellos, estrategias acrecidas en ocasiones como resultado del despertar de identidades sometidas, o reconstruidas. Asistimos también a un crecimiento de la demanda por la sociedad civil de nuevos desarrollos para afrontar problemáticas emergentes, generadas por los rápidos cambios de nuestros tiempos, respondida en las Naciones Unidas con una inflación de discursos, instrumentos y órganos para la protección de los derechos humanos. En lo que concierne a estos últimos, contradictoriamente a lo que cabía esperar de la respuesta expansiva de los sistemas o instituciones de protección, la falta de correspondencia entre cantidad y calidad, genera una frustración, o una descreencia, que acaba por poner en tela de juicio, por extensión, la legitimidad de la producción discursivo-normativa de la ONU, que, a efectos de evaluación, debiera ser vista como diferente de las estructuras destinadas a garantizar su implementación.

Globalmente la ONU se encuentra muy desprestigiada por su incapacidad real y reprobable para reformar sus obsoletas estructuras y para adaptarse, o hacerlo de una manera insuficiente, a los cambios operados en la relación interestatal de fuerzas, al número de Estados existentes y miembros de la Entidad desde su creación hasta hoy (recuérdese que han pasado de 51 a 193 de Estados miembro), a la importancia y peso que algunos de ellos (como los BRICS) han ido adquiriendo. Se le reprocha asimismo su incapacidad funcional para garantizar, con esas estructuras, sus objetivos pacificadores y aseguradores, impedir la corrupción de sus servidores y “fuerzas de paz”, ofrecer transparencia en la gestión de sus recursos y asegurarse una financiación suficiente que garantice su independencia, coordinar a sus diferentes agencias o garantizar que el personal dedicado a la cooperación internacional posee siempre y en todo caso integridad moral y conocimiento suficiente del terreno sobre el que opera<sup>35</sup>. Ha generado grandes críticas la composición y funcionamiento de algunos de los órganos o agencias especializadas creadas para velar por el cumplimiento de los derechos humanos, como la Comisión de Derechos Humanos, de 1947<sup>36</sup>, y el organismo

---

<sup>35</sup> Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Gobierno de España. *Reforma de la ONU*. [en línea] <<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/NacionesUnidas/Paginas/ReformaDeLasNacionesUnidas.aspx>> [16 julio 2017].

<sup>36</sup> “La determinación de la Asamblea General de reemplazar a la CDH, de 60 años de antigüedad, y sustituirla por el Consejo, evolucionó a partir de una propuesta formulada en el Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, presentado en diciembre del 2004. Dicho

que la sustituyó en 2006, tras las denuncias de que fue objeto dicha Comisión, el Consejo de Derechos Humanos<sup>37</sup> integrado por representantes de 47 Estados, elegidos por mayoría entre los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación directa y secreta. En teoría la Asamblea General debería tener en cuenta la contribución de los candidatos a la promoción y protección de los derechos humanos, así como sus promesas y compromisos en este sentido, pero nuevamente este órgano ha vuelto a ser censurado por su politización y por sentar entre sus miembros a países transgresores de los mismos<sup>38</sup>.

Perjudica también a la ONU la emergencia de poderosas organizaciones, como la Organización Mundial del Comercio, aunque hoy sujeta a cierto desgaste, que escapan a su control, todo lo cual viene acompañado por la aparición, reaparición o fortalecimiento de discursos alternativos de derechos humanos reactivos, polifónicos, competidores, y de efectos disolventes: lo que en una publicación reciente denominábamos “el síndrome de la Torre de Babel”<sup>39</sup>.

Pongamos algunos ejemplos de esto último:

La necesaria y comprensible aceptación por parte de las Naciones Unidas a partir de los años 70 y 90 del siglo XX de la ideología de género, tras una intensa movilización de las feministas primero y de los movimientos LGTBI después, y su

Informe fue elaborado por una comisión nombrada por Kofi Annan, Secretario General de la ONU en ese momento, a la cual se encargó evaluar la mejor forma en que Naciones Unidas podía hacer frente a las actuales amenazas a la seguridad. Como indica el Grupo de Alto Nivel, en los últimos años, la CDH había llegado a una situación generalizada de falta de legitimidad a medida que Estados con malos antecedentes en materia de derechos humanos (los que se mencionan con mayor frecuencia son Libia, Sudán, Zimbabwe y Cuba) eran elegidos como integrantes del organismo de 53 miembros. En su informe, el Grupo de Alto Nivel señala que: “Nos preocupa observar que en los últimos años ha habido Estados que se han hecho partes en la Comisión no para afianzar los derechos humanos sino para protegerse contra críticas o para criticar a otros” Cit. en Halper, Morton H. y Orentlicher, Diane F. “El Nuevo Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas” [en línea] <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13465/13734>> [1 septiembre 2017].

<sup>37</sup> Viegas e Silva, Marisa. *El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* [en línea] Madrid, Universidad Carlos III. Tesis doctoral disponible en e-Archivo, repositorio institucional de la Universidad Carlos III de Madrid, 2011 <[https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12939/marisa\\_viegas\\_tesis.pdf;jsessionid=8F92DB02CF42CE6417280B17FC1ACA8E?sequence=1](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12939/marisa_viegas_tesis.pdf;jsessionid=8F92DB02CF42CE6417280B17FC1ACA8E?sequence=1)> [3 agosto 2017]; ONU. “Acerca del Consejo de Derechos Humanos” [en línea] <<http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx>> [3 agosto 2017].

<sup>38</sup> Paradójicamente uno de los ataques más duros y recientes (septiembre de 2017) lanzados por este motivo contra el Consejo procede de Mike Pence, vicepresidente de EEUU, con Donald Trump, que no se caracteriza por ser precisamente un campeón de los derechos humanos. Véase: Redacción. “Pence lanza duras críticas al papel del Consejo de Derechos Humanos de la ONU” [en línea] *El diario.es*. 20/09/2017 <[http://www.eldiario.es/politica/Pence-Consejo-Derechos-Humanos-ONU\\_0\\_688732153.html](http://www.eldiario.es/politica/Pence-Consejo-Derechos-Humanos-ONU_0_688732153.html)> [1 octubre 2017].

<sup>39</sup> Martínez Quintero, M<sup>a</sup> Esther, Ob. cit.

afirmación de las libertades sexuales y reproductivas, sobre las que se han producido diversos instrumentos y discursos y vigorosos planes de acción, aunque siga faltando un Convenio vinculante capaz de fortalecerlas, tropieza con los discursos religiosos de derechos humanos alternativos a los laicos, islámicos unos y obra de iglesias cristianas otros<sup>40</sup>, neoconservadores, reactivos y de visibles resabios patriarcales, que o bien confunden a las ciudadanías con su camuflaje retórico (modificando mensajes mediante la resignificación de “significantes”, o términos, prestados y fingidamente compartidos) o disuaden a sus fieles de escuchar y seguir las directrices internacionales recuperando prejuicios ancestrales, amparándose en los cuales primero reconquistan espacios y después sobornan a líderes políticos ansiosos de las clientelas servidas por las iglesias, invalidando o revirtiendo los avances del derecho a la igualdad y a la identidad de género.

Cuando el discurso religioso se entremezcla con el político, como ocurre en los Estados confesionales, particularmente con los Estados islámicos, y produce un discurso alternativo al de los derechos humanos universales elaborado en la ONU<sup>41</sup>, encuentra la

---

<sup>41</sup> Las reacciones del mundo islámico al discurso internacional de los derechos humanos y su creciente rechazo a los compromisos contraídos o contraíbles al respecto con la ONU mediante la ratificación de Pactos y Convenios, cristalizaron en una *Declaración Universal Islámica de los Derechos Humanos* [en línea] 19 de septiembre de 1981 <<http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-mes-islam-1981.html>> [1 octubre 2017], elaborada, con la participación de juristas y diferentes escuelas del pensamiento islámicos, por el Consejo Islámico de Europa, ONG con sede en Londres; En esta Declaración se sostiene el origen divino de los derechos humanos y la necesidad de leerlos a la luz del *Corán* y *La Sunna*, tradición del profeta, constitutivos de la *Sharía* (Ley Islámica de base religiosa, basada en la interpretación que del Corán y la Sunna dan los juristas). A este discurso alternativo de los Derechos Humanos de la ONU, difícilmente compatible con el Derecho Público Internacional de los Derechos Humanos, se sumó en 1990, la *Declaración de El Cairo de los Derechos Humanos en el Islam*, elaborada por la XIX Conferencia de Ministros de Asuntos Exteriores de los estados miembros de la *Organización de la Conferencia Islámica*, creada en 1969 e integrada hoy por 57 países islámicos de cuatro continentes, que se define (en el sitio web: <https://www.oic-oci.org/oicv2/> ) como una organización intergubernamental que articula una voz colectiva del mundo musulmán y garantiza la salvaguarda y protección de los intereses del mismo...

vía para confrontar con él dentro de la misma Organización a través de los representantes estatales en aquella, que no dudan en hacerse presentes en las organizaciones nacidas para defender o crear el discurso laico universalista para invalidarlo. Por su presencia en la ONU es más disolvente para el antedicho discurso el alternativo de los “derechos humanos islámicos” que surge a partir de los años 80, que el neoevangelizador católico o el evangélico, que utiliza otros circuitos. Hace años que Bat Yeor y David Littman han denunciado el continuado “esfuerzo sistemático en Naciones Unidas por parte de ciertos Estados miembros por sustituir algunos de los principales paradigmas de las relaciones internacionales. Por ejemplo, los representantes de la República Islámica de Irán continúan presionando - en todos los foros - para introducir sus objeciones al carácter universal y a la indivisibilidad de los derechos humanos”<sup>42</sup>.

El soberanismo de ciertos Estados, y de los que los gobiernan, el comunitarismo de otros, y el relativismo cultural, producen también discursos (de poder) que acusan de “imperialismo”, hoy sin fundamento, pero con éxito, a fuerza de repetir las acusaciones, al discurso normativo o axiológico de los derechos humanos de la ONU, uno de sus más laudables logros, pese a los muchos defectos de la Organización, resistiéndose muchos de los dirigentes de los Estados-miembros a cumplir los compromisos laboriosamente consensuados por un cada vez más elevado y culturalmente plural número de los mismos en los órganos de las Naciones Unidas

---

En 1994, la *Liga de Estados Árabes*, fundada en el Cairo en 1945, promovió una *Carta Árabe de Derechos Humanos*. La Liga reconoció en la Carta al mismo tiempo la *DUDH* y los *Pactos* que la desarrollan y la *Declaración de El Cairo*. El afán de conciliación llevó a la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la ONU en 1997 a incluir la *Declaración de El Cairo* en su compilación de instrumentos internacionales de los derechos humanos, con lo que la confusión discursiva, alimentada por otras iniciativas posteriores, poco clarificadoras, está servida. Cuando se pretende la cohabitación del Discurso Internacional de los Derechos Humanos de la ONU con el Discurso de los Derechos Humanos en el Islam, que se contradicen en asuntos esenciales, como el derecho a la no discriminación de la mujer, la libertad de cultos, o el sistema penal, se produce la desnaturalización del primero. Ver Yeor, Bat, y Littman, David. “Perspectiva islámica de la declaración universal de los derechos humanos de 1948” [en línea] *Diario Exterior, el análisis y la opinión*, 16 de abril de 2005 <<https://www.eldiarioexterior.com/perspectiva-islamica-de-la-declaracion-4536.htm>> [17 septiembre 2017] y también Mikunda Franco, Emilio. *Derechos humanos y mundo islámico*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001

Los intentos realizados para que La Liga Árabe rectificara, motivaron una revisión de la Carta Árabe de 1994 en 2004 (Cumbre de Túnez) elaborándose una nueva Carta. Tras 7 ratificaciones, la *Carta Árabe de 2004* entró en vigor el 15 de marzo de 2008. Como ha puesto de relieve Cherif Bassiouni, la Carta de 2004 deja sin resolver problemas fundamentales, entre otros que, con ella, “la legislación interna y la Sharia puedan prevalecer sobre las normas internacionales, colocando al instrumento en conflicto con los estándares internacionales en materia de derechos humanos” Cit. en Drnas de Clément, Zlata. *La Carta Árabe sobre los Derechos Humanos* [en línea], p. 4 <[www.acaderc.org.ar/doctrina/la-carta-arabe-sobre-derechos-humanos/at.../file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-carta-arabe-sobre-derechos-humanos/at.../file)> [1 octubre 2017].

<sup>42</sup> Yeor, Bat, y Littman, David, *Ob. cit.*

competentes para ello, compromisos voluntariamente contraídos con las organizaciones internacionales (a veces por meras por razones de imagen) y refrendados por la ciudadanía de los mismos a través de los procedimientos de ratificación, democráticos, cuando los Estados lo son.

Resulta llamativa la eficacia de la manipulación ejercida para, agitando viejas e innegables culpas del pasado o del presente, convencer a los occidentales de que todo lo nacido de ellos es de necesidad imperialista, neocolonial y perverso, aunque realmente, como ocurre hoy con los últimos avatares del muy democratizado y multicultural discurso de los derechos humanos, edificado sobre el consenso internacional y nacido para propiciar mínimos axiológicos comunes sobre los que fundar acuerdo y coexistencia, sea emancipador.

Mientras tanto, la laudable batalla que por fin está dando la ONU para afirmar la justiciabilidad de los derechos de segunda generación, con buenos discursos y buenas prácticas, importantísima para su legitimación y para la recuperación de los Estados Sociales de Derecho, se estrella con los discursos neoliberales, que se le anticiparon y se perpetúan, los cuales reiteran que dichos derechos podrán ser principios morales, pero no son derechos tales, negándoles obligatoriedad e incluso oportunidad y conveniencia para la generación de bienestar.

La profundización de la disociación entre el discurso mercantil, en sus diferentes vertientes, y el discurso normativo del Derecho Público Internacional de los Derechos Humanos es particularmente disolvente.

Lograr una articulación correcta entre comercio y derechos humanos (que era lo que pretendía en el siglo XVI a su manera, el padre Victoria, al abogar al tiempo por ellos y por el derecho a comerciar) es sin duda uno de los grandes desafíos del siglo XXI. Aunque introducir la obligación de respetar los derechos humanos en los tratados bilaterales de comercio es factible y de hecho se hace (en la UE)<sup>43</sup>, como lo es condicionar los tratados preferenciales de comercio a su cumplimiento, se alega que incluso esta práctica, en apariencia tan políticamente correcta, puede encubrir discriminaciones o dañar a poblaciones vulnerables, y no deja por ello de generar polémica y reacciones contrapuestas.

---

<sup>43</sup> Niedrist, Gerhard. "Las cláusulas de derechos humanos en los tratados de libre comercio de la UE", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, 2011, pp. 463- 485.

Cuando pasamos al comercio multilateral las dificultades aumentan. Si ya constituye un desafío la conciliación del Derecho Mercantil Internacional y el Derecho Público Internacional de los Derechos Humanos avalados por las Naciones Unidas, más difícil aún resulta asegurar que estos últimos serán tenidos en cuenta por la Organización Mundial del Comercio (OMC), que no depende de la ONU y que, como es sabido, establece, con criterios fundamentalmente mercantiles, las normas que rigen el comercio entre los actuales 164 países miembros, atentos a no ser penalizados en sus relaciones mercantiles<sup>44</sup>. Se exploran, sin embargo, mecanismos que permitan avanzar en esta dirección.

La ONU- y en concreto el ACNUDH (Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos)- se esfuerza en idear mecanismos de persuasión, para lograr que la OMC, nacida al margen de la misma en 1995, y muy influyente, tenga en cuenta el discurso y el Derecho Público Internacional de los Derechos Humanos tanto en el establecimiento de los pactos comerciales articulados en su seno y en la evaluación de los mismos, como en las actuaciones de los Grupos Especiales y del Órgano de Resolución de Diferencias (ORD) de la OMC, que sienta jurisprudencia, articulando una interpretación favorable a esta pretensión de las “cláusulas de excepción general” contenidas en el GATT (Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio), el AGCS (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios), el Acuerdo sobre Contratación Pública y los ADPIC (Acuerdos sobre Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio)<sup>45</sup>. Estas “cláusulas de excepción” se refieren al derecho de los Estados soberanos a proteger, por encima, o a pesar de los compromisos derivados de los Tratados Comerciales de la OMC, el “orden público”, la “moral pública” y la “vida y seguridad” de los seres vivos (personas, animales y vegetales), pero por el momento el éxito de la ONU es preocupantemente limitado. Cabe preguntarse si la vía posibilista explorada por ella en su diálogo con la OMC es suficiente, o mínimamente satisfactoria, para frenar o reducir la erosión causada en la implementación de los Derechos Humanos por el neoliberalismo y el comercio multilateral, o si hay otra.

---

<sup>44</sup> Matus Baeza, Mario y Unger, Mark. *Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC)*, U. Externado de Colombia, Sep. 22, 2016.

<sup>45</sup> Véase, al respecto, Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos. *Los derechos humanos y los acuerdos comerciales mundiales*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2005.

Se comprende que los avances del discurso de los derechos humanos y de su fundamentación en el consenso multicultural no evitan las muchas críticas que se pueden hacer a los mecanismos de implementación de los derechos humanos pues sus inoperancias y sus transgresiones son demasiadas y sangrantes. Los defensores de dicho discurso internacional de los derechos humanos de la ONU lo tienen difícil: no solo tienen que luchar contra la deslegitimación creciente del marco en que éste se produce, y con los problemas de gestión y protección real de los derechos, sino con los discursos alternativos interesados en desprestigiar o sustituir al discurso hegemónico internacional de los derechos humanos. Eso no quiere decir que la causa sea una mala causa. Por el contrario, parece más que nunca necesario un consenso global de mínimos sobre valores compartidos como el iniciado en 1947-48 y el esfuerzo por no perder lo mucho hasta aquí avanzado en el plano discursivo, poniendo de relieve sus avances sobre el terreno, que también los hay, y perfeccionarlo y hacerlo más operativo.

### Referencias Bibliográficas

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ACNUDH. *¿Qué son los derechos humanos?* [en línea] <<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>> [1 septiembre 2017].
- *La Declaración Universal de Derechos Humanos está disponible ya en más de 500 lenguas y dialectos* [en línea] <<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/UDHR500Translations.aspx>> [1 junio 2017].
- “Los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos” [en línea] <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>> [1 mayo 2017].
- *Tablero interactivo del estado de las ratificaciones* [en línea] <[http://www.ohchr.org/sp/publicationsresources/pages/databases.aspx/status\\_of\\_ratification\\_interactive\\_dashboard](http://www.ohchr.org/sp/publicationsresources/pages/databases.aspx/status_of_ratification_interactive_dashboard) <http://indicators.ohchr.org/>> [15 octubre 2017].
- Amnistía Internacional. *Arabia Saudí. Las mujeres, víctimas de graves abusos contra los derechos humanos*. Londres: septiembre de 2000.
- Carr E. H. y otros. *Los Derechos del Hombre*. Barcelona: Laia, 1976.

- Cassese, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel, 1991.
- Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo. *El Desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre los Derechos Indígenas*. Copenhague: Ed. Iwgia, 2010.
- Cortina, Adela. “El futuro de los derechos sociales”. En Aranteko, *Vigencia y futuro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, 1998, p. 71. <[http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0\\_209\\_1.pdf](http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_209_1.pdf)> [18 agosto 2017].
- Drnas de Clément, Zlata. *La Carta Árabe sobre los Derechos Humanos* [en línea] p. 4, <[www.acaderc.org.ar/doctrina/la-carta-arabe-sobre-derechos-humanos/at.../file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-carta-arabe-sobre-derechos-humanos/at.../file)> [1 octubre 2017].
- Halper, Morton H. y Orentlicher, Diane F. “El Nuevo Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas” [en línea] <<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13465/13734>> [1 septiembre 2017].
- Hessel, S. *Indignaos*. Barcelona: Destino, 2011, pp. 32 a 34.
- Huhle, Rainer. *Hernán Santa Cruz (1906–1999) Chile* [en línea]. Biografías, Centro de Derechos Humanos de Nuremberg (NMRF), 2008 <<http://www.menschenrechte.org/lang/es/verstehen/menre-geschichte/hernan-santa-cruz>> [1 agosto 2017].
- Littman, David. “Universal Human Rights and 'Human Rights in Islam'“. *Midstream*, febrero/marzo de 1999.
- Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup> Esther. “Crisis de la modernidad y Derechos Humanos” En Wickham, Chris y otros. *Las crisis en la Historia*. Salamanca: Eds. Universidad, 1994, pp.161-187.
- “El discurso de los derechos humanos en perspectiva histórica. El síndrome de la Torre de Babel”. En Pando Ballesteros, Paz; Muñoz Ramírez, Alicia y Garrido Rodríguez, Pedro. *Pasado y presente de los Derechos Humanos, mirando al futuro*. Madrid, La Catarata, 2016, pp. 41- 59.
- Matus Baeza, Mario y Unger, Mark. *Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC)*, U. Externado de Colombia, Sep. 22, 2016.

- Mikunda Franco, Emilio. *Derechos humanos y mundo islámico*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001.
- Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Gobierno de España. *Reforma de la ONU* [en línea] <<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/NacionesUnidas/Paginas/ReformaDeLasNacionesUnidas.aspx>> [16 julio 2017].
- Niedrist, Gerhard. “Las cláusulas de derechos humanos en los tratados de libre comercio de la UE”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, 2011, pp. 463- 485.
- Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos. *Los derechos humanos y los acuerdos comerciales mundiales*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2005.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas. “Estado de ratificación para Arabia Saudita-Aceptación del procedimiento de comunicaciones individuales para Arabia Saudita” [en línea] <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=152&Lang=SP](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=152&Lang=SP)> [1 agosto 2017].
- ONU. “Acerca del Consejo de Derechos Humanos” [en línea] <<http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx>> [3 agosto 2017].
- *Historia de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos* [en línea] <<http://www.un.org/es/sections/universal-declaration/history-document/index.html>> [5 junio 2017].
- “Colección de Tratados de las Naciones Unidas. Definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas” [en línea] pp. 4-6 <<http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml>> [2 octubre 2017].
- *Derechos Humanos. Recopilación de Instrumentos Internacionales, Volumen I (Primera parte) Instrumentos de carácter universal* [en línea] <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CompilationIsp.pdf>> [13 agosto 2017].

- “El concepto de seguridad humana” [en línea] <<http://www.un.org/humansecurity/es/content/el-concepto-de-seguridad-humana>> [15 agosto 2017].
- “Los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos” [en línea] <<http://www.un.org/es/sections/universal-declaration/drafters-universal-declaration-human-rights/index.html>> [5 junio 2017].
- *La Declaración Universal de Derechos Humanos: fundamento de las normas internacionales de derechos humanos.* [en línea] <<http://www.un.org/es/documents/udhr/law.shtml>> [3 abril 2017].
- *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Historia de la redacción de la Declaración Universal. La Declaración Universal de los Derechos Humanos: La primera declaración mundial sobre la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos* [en línea] <<http://dudh.es/historia-de-la-redaccion-de-la-declaracion-universal-de-los-derechos-humanos/>> [1 agosto 2017].
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)* [en línea] <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>> [1 octubre 2017].
- *Declaración y Programa de Acción de Viena* (folleto en PDF) [en línea] <[http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_Spanish.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_Spanish.pdf)> [1 agosto 2017].
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)* [en línea] <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr-one.htm>> [1 octubre 2017].
- Pando Ballesteros, Paz; Muñoz Ramírez, Alicia y Garrido Rodríguez Pedro (dirs. y eds.) *Pasado y presente de los Derechos Humanos, mirando al futuro*. Madrid: La Catarata, 2016.
- Ponce Martínez, Carlos. “La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la universidad de Extremadura* N° 19-20, 2001-2002, pp. 253-279.
- Pons Rafols, Xavier, Asociación para las Naciones Unidas en España. *La Declaración universal de derechos humanos: comentario artículo por artículo*. Barcelona: Ycaria Antracyt, 1998.

Redacción. “Breve historia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, *Sustentarse Sustentabilidad y responsabilidad social* [en línea] Noviembre 22, 2011 <<https://sustentarsemx.wordpress.com/2011/11/22/breve-historia-de-la-declaracion-universal-de-los-derechos-humanos/>> [1 agosto 2017].

----- “Diez curiosidades sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos” [en línea] *Público*, 10 diciembre 2014 <<http://www.publico.es/actualidad/diez-curiosidades-declaracion-universal-derechos.html>> [ 5 junio 2017].

----- “Pence lanza duras críticas al papel del Consejo de Derechos Humanos de la ONU” [en línea] *diario.es*, 20 septiembre 2017 <[http://www.eldiario.es/politica/Pence-Consejo-Derechos-Humanos-ONU\\_0\\_688732153.html](http://www.eldiario.es/politica/Pence-Consejo-Derechos-Humanos-ONU_0_688732153.html)> [1 octubre 2017].

----- “René Cassin présente la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme à la tribune de l'ONU” (Video) <<http://fresques.ina.fr/jalons/fiche-media/InaEdu04665/rene-cassin-presente-la-declaration-universelle-des-droits-de-l-homme-a-la-tribune-de-l-onu.html>> [3 agosto 2017].

Rodríguez -Toubes Muñiz, Joaquín. *La razón de los derechos*. Madrid: Tecnos, 1995.

Sáenz de Ugarte, Ignacio. *Guerra eterna. mujeres saudíes* [en línea] JPG, 24 de julio de 2016 <<http://www.guerraeterna.com/discriminacion-mujer-saudi/>> [1 agosto 2017].

Solozóbal, Juan José. “René Cassin y los derechos humanos” [en línea] *EL Imparcial*. Martes 20 de septiembre de 2016 <<https://www.elimparcial.es/noticia/169746/opinion/rene-cassin-y-los-derechos-humanos.html>> [2 junio 2017].

Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra. *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* [en línea] <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf>> [1 septiembre 2017].

Viegas e Silva, Marisa. *El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* [en línea] Madrid: Universidad Carlos III. Tesis doctoral disponible en e-Archivo, repositorio institucional de la Universidad Carlos III de Madrid, 2011 <[https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12939/marisa\\_viegas\\_tesis.pdf;jsessionid="](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12939/marisa_viegas_tesis.pdf;jsessionid=)

[nid= 8F92DB02CF42CE6417280B17FC1ACA8E? sequence=1 >](#) [3 agosto 2017].

Yeor, Bat, y Littman, David. "Perspectiva islámica de la declaración universal de los derechos humanos de 1948" [en línea] *Diario Exterior, el análisis y la opinión*, 16 abril 2005 <<https://www.eldiarioexterior.com/perspectiva-islamica-de-la-declaracion-4536.htm>> [17 septiembre 2017].

# **PONENCIAS**



# I. METODOLOGÍA PARA EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS



# METODOLOGÍA DEL DERECHO COMPARADO EN DERECHOS HUMANOS

## METHODOLOGY OF COMPARATIVE LAW ON HUMAN RIGHTS

José Caramelo Gomes  
Maria Manuela Magalhães Silva  
*Universidade Portucalense*

**Resumen:** Este artículo presenta los métodos de Derecho Comparado más comunes en la actualidad y su aplicación al dominio de los Derechos Humanos.

**Palabras-clave:** Derecho Comparado, Método Científico, Metodología Conceptual, Metodología de Caso, Metodología funcional, Tertium comparationis, Derechos Humanos.

**Abstract:**

This article presents and discusses the use of Comparative Law Methods in the field of Human Rights.

**Keywords:** Comparative Law, Scientific method, Conceptual method, Case method, Functional method, Tertium comparationis, Human rights.

### 1. Introducción y objetivos del Derecho Comparado moderno

Tenemos una variedad de distintos propósitos para la disciplina de Derecho Comparado que, como dice Sacco<sup>1</sup>, parte del presupuesto que hay una multiplicidad de soluciones normativas para una misma función, problema, concepto o situación: “Comparative law presupposes the existence of a plurality of legal rules and institutions. It studies them in order to establish to what extent they are identical or different”.

Es tradición, en Iberia, que los estudios e investigaciones en ciencia jurídica tengan una sección dedicada al Derecho Comparado. Los investigadores al realizar el estado del arte sobre este tema, en general, seleccionan una bibliografía sobre el ordenamiento en análisis, hacen una revisión de literatura e realizan las conclusiones en esa sección. La elección de los ordenamientos se basa, normalmente, en un criterio pragmático: si el investigador comprende el idioma en el que la fuente está escrita. Así, es habitual la “comparación” entre el derecho nacional de países en que el idioma es el castellano o el portugués, y pocas veces se realiza la “comparación” con el

---

<sup>1</sup> Sacco, Rodolfo. "Legal Formants, A Dynamic Approach to Comparative Law". *American Journal of Comparative Law*, 1991.

derecho escrito en francés o inglés, o incluso, en alemán (en este caso frecuentemente utilizando traducciones o fuentes secundarias). En realidad, este sistema o metodología está muy distante de la moderna metodología del Derecho Comparado y puede ser la razón por la cual la academia jurídica ibérica se queda, muchas veces, fuera de los grandes proyectos de investigación en ciencia jurídica que son financiados por la Unión Europea.

Esta comunicación tiene el objetivo de iniciar una discusión, en Iberia, sobre una mejor utilización de las técnicas modernas del Derecho Comparado en la academia jurídica latino-ibero-americana, en particular en lo que respecta a la investigación en Derechos Humanos.

El Derecho comparado es una Ciencia Jurídica que, como ciencia, tiene un método científico, o sea, un protocolo que comanda el procedimiento de investigación y que permite, en futuro, a través de la repetición (repetitividad), y la validación de las conclusiones obtenidas, garantizando así su naturaleza científica.

Cualquier ciencia tiene un objeto. El del Derecho Comparado es el Derecho, como fenómeno social. Pero eso no es suficiente, ya que eso es el objeto de toda a Ciencia Jurídica. Tiene que haber algo más; y ese algo más es la comparación, o método comparativo, que puede ser aplicado en distintas cuestiones, hechos, conceptos, conflictos y funciones.

La aplicación que se hará del método comparativo es determinante para el método de recoger la información necesaria, y eso es lo que diferencia los distintos métodos del Derecho Comparado que más adelante se incluyen. Por ahora, vamos a clarificar un poco lo que es y cómo se desarrolló el Derecho Comparado actual.

Durante los siglos XIX y XX era común la idea de que el Derecho Comparado debería tener objetivos específicos. El punto de partida de esta idea es que el derecho comparado es diferente del Derecho, del cual sería meramente subsidiario. Este punto de vista ha cambiado y ahora el Derecho Comparado se integra cada vez más en el estudio del derecho, como un apoyo técnico o una metodología de investigación avanzada. Estos dos enfoques han estado históricamente presentes a lo largo de los siglos, desde los estudios jurídicos de la antigua Grecia hasta la actualidad. El uso del derecho comparado como un instrumento de reforma legislativa, es evidente en la comparación de las constituciones hechas por Aristóteles,

al igual que la influencia de la "visita de estudio" romana en Grecia, en el proceso elaboración de la Ley de las Doce Tablas<sup>2</sup>.

Durante el siglo XIX y en parte durante el siglo XX, un período durante el cual se desarrolla el derecho comparado contemporáneo, el darwinismo social ha condicionado su creación y evolución como una disciplina evolucionista. Sin embargo, otro de los objetivos era establecer una taxonomía de las leyes del mundo según diversas nociones de familias jurídicas o tipos ideales de leyes, bajo la perspectiva de la construcción occidental, en la senda de Max Weber. Esta idea de la clasificación del Derecho del mundo, así como la de la evolución jurídica, hoy ha perdido gran parte de su interés y asistimos más recientemente a un regreso de la concepción utilitaria y constructivista ya presente en la utilización dada por Aristóteles<sup>3</sup>.

La concepción constructivista lleva el Derecho Comparado a ser un instrumento para la mejoría del Derecho, por la comparación con otras soluciones de distintos órdenes jurídicos o de distintas épocas. Así, es posible encontrar ejemplos de utilización en los sistemas de derecho continental (originando algunas veces, el trasplante jurídico, con todos los problemas del "rechazo genético"), o en los sistemas de "common law" como un instrumento de mejoría de la jurisprudencia<sup>4</sup>.

Al mismo tiempo, el Derecho Comparado empezó a cumplir un objetivo mucho más importante, la armonización de Derechos. Esa es, en realidad, la función más importante de la disciplina en la actualidad<sup>5</sup> y, como escribió Glenn, una forma de adjuntar lo que es diferente manteniendo las diferencias.

## 2. Metodología del Derecho Comparado

El método científico aplicado al Derecho Comparado contiene varias fases: la delimitación del fenómeno jurídico que se va a estudiar, los ordenamientos en los que se va hacer y porqué esos y no otros (y aquí hay que considerar que se pueden estudiar distintos países, distintos ordenamientos, o un único ordenamiento jurídico en distintas épocas, por ejemplo), y para que servirá el estudio – para conocer y

---

<sup>2</sup> Glenn, H. Patrick. "Aims of comparative law". In: Smits, Jan M., (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham: Elgar Publishing; 2014.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Van der Mensbrugge, François. *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*. Namur: Presses universitaires de Namur, 2003.

comparar conceptos jurídicos, para conocer soluciones para un litigio, para conocer cómo se cumple una función o un objetivo jurídico). La fase siguiente será la elección de la metodología adecuada para la recogida de la información en el formato necesario para la comparación final, la definición de redundancias y metodologías redundantes, para la validación, y, finalmente, la definición de los criterios de evaluación de las recomendaciones extraídas de las conclusiones, cuando aplicable. O, en síntesis, como señala Pieters<sup>6</sup> refiriendo a Constantinesco, “hay tres fases de la comparación de derecho: Conocer, comprender y comparar. De alguna una forma estas tres fases deberán de hecho estar presente en cualquier comparación. Se tiene que reunir información sobre el objeto de investigación comparativa, se tiene que reflejar lo que se encuentra en los diversos órdenes legales dentro de su contexto nacional, y se tiene que realizar la comparación de los mismos, es decir, establecer la similitud y diferencias entre lo que se ha identificado en los diversos órdenes de comparación.”

## 2.1 La metodología conceptual

El enfoque tradicional de la metodología comparativa son las reglas formales, comparadas con independencia de la cultura y otros formantes que las rodean<sup>7</sup>. Para ello, el comparativista define el *tertium comparationis*, es decir, con qué comparar, definir las órdenes legales involucradas, donde comparar, buscar las normas legales pertinentes, interpretado de acuerdo a las reglas de interpretación de la ley y comparar los resultados de ambos elementos de regla: la descripción de los hechos y el comando. Esta metodología presenta varios problemas y limitaciones, siendo el primero el obstáculo del idioma. Como David señala<sup>8</sup>, traducir los términos legales no es en absoluto necesario, ya que la ley se compone esencialmente de conceptos abstractos: es fácil encontrar la palabra equivalente para silla en todos los idiomas; señalas una silla y los nativos dan rápidamente la respuesta. Cuando se habla de la ley las cosas son muy diferentes. No hay manera para que apunte al derecho de

---

<sup>6</sup> Pieters, D. "Functions of comparative law and practical methodology of comparing". *Syllabus Research Master in Law*. 2009.

<sup>7</sup> Legrand, Pierre. *Sens et non-sens d'un Code civil européen*. RIDC. 1996, pp.779-812.

<sup>8</sup> David, René. Brierley, John, E. *Major legal systems in the world today: an introduction to the comparative study of law*: Simon and Schuster. s.d. 1978.

propiedad y obtener la palabra equivalente para ello: el contenido del concepto puede variar significativamente.

Por otra parte, las abordajes posmodernistas a la metodología de derecho comparado, tales como los de Legran<sup>9</sup> y Jayme<sup>10</sup>, evidencia la necesidad de replantear mediante la inclusión del entorno cultural, social y económico de la ley y del investigador con el fin de obtener conclusiones válidas a partir de la comparación. El problema es que Jayme no presenta una solución para hacerlo y Legran<sup>11</sup> simplemente no lo considera posible<sup>12</sup>.

La crítica de Legrand y Jayme a la metodología comparativa se puede dividir en dos aspectos diferentes: el contexto del investigador y el contexto de la ley, considerando contexto como la totalidad de los aspectos culturales, sociales, económicos y ambiente jurídico. En última instancia, estos requisitos implican que el comparatista debe i) estar al mismo nivel de competencia de lengua materna como en el idioma de las diversas leyes bajo comparación que se escriben; ii) tener una formación jurídica completa e inmersiva en la ley en todos los órdenes legales que se comparan. Esta idea de la necesidad de una metodología comparativa está presente incluso en alguna jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia de la Comunidad (caso Cilfit, la doctrina de acto claro). El caso Cilfit (Asunto 283/81, CILFIT y otros [1982] ECR, disponible en <http://curia.eu.int>) consistió en una referencia para el TJCE en el antiguo artículo 177 del Tratado CE, por la primera sala civil la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) de decisión prejudicial, sobre la interpretación del tercer párrafo del mismo artículo, i. e., la obligación de los tribunales nacionales para abordar cuestiones prejudiciales en la interpretación del derecho comunitario al TJCE.

La cuestión de la Corte Suprema di Cassazione era «El párrafo tercero del artículo 177 del Tratado, que dispone que, cuando se plantee una cuestión de las que enumera el párrafo primero del mismo artículo, en un litigio pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no son susceptibles de un ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al

---

<sup>9</sup> Legrand, Pierre. *Sens et non-sens...*, pp.779-812.

<sup>10</sup> Jayme, Erik. "Identité culturelle et intégration: Le Droit international privé postmoderne". Recueil des Cours, Hague Academy of International Law, 1995.

<sup>11</sup> Legrand, Pierre. *Sens et non-sens...*, pp. 779-812.

<sup>12</sup> ERP, J. European Private Law Postmodern Dilemmas and Choices, towards a Method of Adequate Comparative Legal Analysis. EJCL, 1999.

Tribunal de Justicia, ¿establece una obligación de plantear una cuestión prejudicial que no permite al Juez nacional llevar a cabo apreciación alguna acerca del fundamento de la cuestión suscitada, o bien condiciona dicha obligación y, en su caso, dentro de qué límites, a la existencia previa de una duda de interpretación razonable?».

El vínculo entre esta cuestión y Derecho comparado es que la respuesta del Tribunal de Justicia sigue la crítica posmodernista con el método comparativo y lo hace de circunstancias especialmente favorables: la norma bajo análisis se incluyó en el Reglamento CE, así, con contenidos presumiblemente similares a través de la CE. Era una cuestión de comparar la misma ley en diferentes versiones lingüísticas.

En referencia al proceso de determinación de la correcta interpretación del reglamento de la CE, el Tribunal de Justicia señaló que implica el análisis de las diferentes versiones del lingüista de la misma norma teniendo en cuenta que cada una de estas versiones se han de interpretar por los juristas con la educación legal en el contexto social, cultural y económico específica:

16. Finalmente, la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada. Antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia. Tan solo si estas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad.

17. No obstante, la existencia de tal posibilidad debe ser apreciada en función de las características del Derecho comunitario y de las dificultades particulares que presenta su interpretación.

18. Debe, en primer lugar, tenerse en cuenta que los textos de Derecho comunitario están redactados en varias lenguas y que las diversas versiones lingüísticas son auténticas por igual; por tanto, la interpretación de una disposición de Derecho comunitario supone una comparación de las versiones lingüísticas.

19. Debe observarse a continuación que, incluso en caso de exacta concordancia de las versiones lingüísticas, el Derecho comunitario utiliza una terminología propia. Por lo demás, ha de subrayarse que los conceptos jurídicos no tienen necesariamente el mismo contenido en el Derecho comunitario y en los diferentes Derechos nacionales.

20. Finalmente, cada disposición de Derecho comunitario debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho, de sus finalidades y de su grado de evolución en la fecha en la que debe hacerse aplicación de la disposición de que se trata.

## 2.2 La metodología factual o de caso

Esta crítica es de alguna manera superada por el proyecto de Cornell, dirigido por R. Schlesinger en la década de 1960. El problema inicial que Schlesinger tuvo que resolver era cómo obtener información comparables a las preguntas sobre los diferentes sistemas jurídicos. Las respuestas tenían que referirse a las preguntas idénticas interpretadas de forma idéntica por todos los que respondieron. Schlesinger<sup>13</sup> ha formulado cada pregunta para tener en cuenta cualquier circunstancia pertinente en cualquiera de los sistemas analizados, así permitiendo la comparabilidad. Por lo tanto, la característica especial de los trabajos realizados en Cornell es que cada pregunta se formuló mediante la presentación de un caso práctico.

Hay dos problemas principales con la metodología de Schlesinger. El primero es el que Sacco<sup>14</sup> señala, que la lista, incluso exhaustiva, de todas las razones dadas por las decisiones tomadas por los tribunales no es toda la ley, los estatutos no son toda la ley, ni tampoco las definiciones de las doctrinas de derecho por los estudiosos lo son. Con el fin de saber cuál es la ley, es necesario analizar toda la compleja relación entre los "formantes legales" del sistema, mientras que los formantes legales son todos aquellos elementos formativos que componen la aplicación cualquier regla.

El segundo problema con la metodología de Schlesinger es que se concibe sobre el uso de lo que puede llamarse una tecnología patológica: Se pide a los encuestados para resolver el problema jurídico, el conflicto. Esto significa que esta metodología no es adecuada para tratar de encontrar convergencia o divergencia entre los institutos jurídicos comparables o conceptos abstractos.

---

<sup>13</sup> Schlesinger, Rudolf, B. et al. *Comparative Law Cases, Text, Materials*. New York: New York Foundation Press, 1998.

<sup>14</sup> Sacco, Rodolfo. *Legal Formants...*, 1991.

### 1.3 La Metodología funcional

El método funcional fue propuesto por Zweigert y Kötz<sup>15</sup> en 1971. En realidad, la propuesta no pasaba de una afirmación genérica de principio y no contenía cualquier elemento de una teoría metodológica completa, pero en el momento de fuertes discusiones metodológicas fue suficientemente apelativa para un número significativo de estudiosos del Derecho. Como señala Micaels<sup>16</sup>, esa adhesión masiva ha hecho aparecer una multitud de técnicas de comparación funcional, que se desarrollarán de forma inorgánica y no teorizada.

Según Michaels, posición a la que nos adherimos, la clave del método funcional de Derecho comparado debe ser sacada dentro los conceptos sociológicos de funcionalidad y, de entre ellos, lo que ha tenido más y con mejores resultados en investigación de derecho comparado ha sido la de equivalencia funcional.

La equivalencia funcional puede sistematizarse en siete funciones de equivalencia<sup>17</sup> que son esenciales para el Derecho Comparado en el entorno metodológico: 1) la función epistemológica de la comprensión de las normas legales y las instituciones, 2) la función comparativa de lograr la comparabilidad, 3) la función de presunción de sobresalir en la similitud, 4) la función de formalización de la construcción del sistema 5) la función de evaluación de la determinación de la mejor ley, 6) la función universalizante de la preparación legal de unificación, y 7) la función crítica de proporcionar herramientas para la crítica del Derecho<sup>18</sup>.

Para Michaels la función primera de la función es epistemológica, o sea, la función de comprender el derecho. El método funcional permite comprender las instituciones legales no como construcciones doctrinales, sino como respuestas sociales a las instancias de los problemas, no como aislados, sino en su relación con el sistema entero, y más allá, a toda la sociedad. Para función comprender mejor esta función el camino es demostrar la diferencia entre el método factual o de Schlesinger o de caso, ya mencionado. El método factual utiliza casos que serán solucionados en distintos ordenamientos jurídicos y después hay que comparar las soluciones. Por veces este método es clasificado como funcional, pero realmente eso no es así. Con el

---

<sup>15</sup> Zweigert, Konrad. Kötz, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Oxford: Oxford, 1998.

<sup>16</sup> Michaels, Ralf. "The Functional Method of Comparative Law". En Reimann, Mathias., Zimmermann, Reinhard. (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford, 2006.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

método factual es posible encontrar similitudes o diferencias, pero no es posible saber si eso es una casualidad o una intencionalidad, mientras con el método funcional es posible construir cuestiones no litigiosas que muestran como la función de la institución jurídica se cumple integralmente y que otra institución, si alguna, cumple la misma función integralmente o parcialmente<sup>19</sup>.

La segunda función de la función es la de alcanzar la comparabilidad, es decir, la posibilidad de validar empíricamente una explicación funcional, a través de un referencial el *tertium comparationis*, el mismo una función. De hecho, las instituciones no son universales y por eso no pueden ser la constante necesaria para comparar, al contrario de las soluciones para una necesidad social, la *función* que, ese si, en principio, podrá ser universal o, al menos, generalizada en el universo en análisis. Esta es una cuestión esencial en que el dominio del concepto de “equivalente funcional” es de importancia fundamental. La tercera función es la de *Praesumptio Similitudinis*, o sea, hay que utilizar el equivalente funcional que permita cumplir la función de manera similar.

La cuarta función es sistemática, decir que es lo que permitirá construir un sistema de funciones y de necesidades. Es en este particular que el Derecho Comparado gana su naturaleza de disciplina científica típicamente empírica, ya que de la observación de ocurrencias específicas permite la generalización.

La quinta función es la función evaluativa. A partir de la sistematización hecha por las cuatro funciones anteriores, es posible estudiar cual es la mejor (más eficiente) ley. Para ello, es necesario introducir una escala de valores que, todavía, no es ofrecida por el método funcional. La mejor practica en este particular será coger un criterio o escala de valuación que, en función del problema o necesidad, es más eficiente en su satisfacción.

La sexta función de la función es la función unificadora o armonizadora, esto es, ser un instrumento de unificación o armonización del Derecho, sea al nivel regional o universal. De hecho, el método funcional tiene la facultad de evidenciar las similitudes de soluciones entre distintos sistemas, aunque el camino sea diferente. Al final, si es verdad que este puede ser un argumento para no unificar, la verdad es que muestra, al mismo tiempo, que no es tan difícil armonizar – lo que al final del día interesa nos es tanto como llegar pero que si se llegue – esta es, la teleología implícita

---

<sup>19</sup> *Ibidem*.

en lo concepto de Directiva de la Unión Europea o de variadas convenciones internacionales<sup>20</sup>.

Y, finalmente, la séptima función de la función es la función crítica, al través de la cual se analiza críticamente un ordenamiento o solución jurídica<sup>21</sup>. Esta es una función de relevancia creciente, pues que es por esta función que se torna posible ultrapasar el argumento de la diversidad cultural muchas veces utilizado para justificar divergencias en las soluciones presentadas por distintos sistemas jurídicos para los mismos problemas – además, frecuentemente contradictorias y, por veces, inaceptables (lo decimos sin cualquier arrogancia intelectual occidental – imagínese la defensa de la esclavitud en el siglo XXI con base en la “cultura” dominante en la sociedad local, como autores que no honramos con referencia han hecho). En casos mucho menos dramáticos o graves, el método funcional permite, con la base de equivalente funcional, que tiene que considerar las diferencias culturales, jurídicas u otras, identificar las eficiencias e ineficiencias de las varias leyes o soluciones en comparación, actuando como un instrumento de mejoría de la menos eficaz.

## **2. Derecho Comparado y Derechos Humanos, una sugerencia metodológica**

El dominio de los Derechos Humanos es un área científica en la que la investigación está creciendo exponencialmente. Eso son buenas noticias, aunque las razones determinantes puedan ser las malas noticias – menor respecto por los Derechos Humanos, migraciones forzadas y refugiados de guerra u otros.

El reto, pero también la oportunidad, que los estudiosos enfrentan en este particular es que, al final, el estudio de los Derechos Humanos es, o tiende a ser, un estudio pluridisciplinar: si el tema empieza por ser jurídico, pues que de un instituto jurídico hablamos, talvez en ninguna otra área jurídica encontramos la diversidad de interacciones presente en esta.

La investigación comparativa en Derechos Humanos puede utilizar cualquiera de los métodos que enumeramos, con las ventajas y desventajas de cada uno y, en este particular, este dominio científico no es distinto de otras investigaciones jurídico-comparativas.

---

<sup>20</sup> Ver las conclusiones, sobre Derecho Europeo de la Propiedad en Caramelo Gomes, Jose L. *The Law of Real Property in The European Community. A Comparative Study*. Vol. PhD. Salford: University of Salford, 2002.

<sup>21</sup> Michaels, Ralf. *The Functional Method ...*, 2006.

La existencia de normativo internacional, así como el universalismo de los Derechos Humanos, tiene una gran utilidad como *tertium comparationis* para el método conceptual. De la misma forma, la jurisprudencia internacional en esta materia puede funcionar como *tertium comparationis* para la metodología de caso o hasta en la metodología funcional. Así, en el punto de partida, todas las metodologías presentadas en este artículo pueden aplicarse al estudio comparativo de los Derechos Humanos.

En la medida en que la temática es especialmente influenciada por el contexto, las metodologías comparativas que investigan la ley en funcionamiento son particularmente adecuadas: el método de caso y el método funcional. El primero de ellos será particularmente adecuado cuando sea necesario averiguar el aspecto crucial la tutela jurisdiccional efectiva y el segundo cuando sea importante averiguar la existencia de equivalentes funcionales que, por veces, quedan poco visibles – será que la Ley de la Pureza de la Cerveza bávara del sículo XIV/XV, que hablaba del divino derecho de beber cerveza, en consecuencia de la Peste Negra, no consagraba ya el Derecho à vida o a la salud?

### Referencias Bibliográficas

- Caramelo Gomes, José Luis. *The Law of Real Property in The European Community. A Comparative Study*. Vol. PhD. Salford: University of Salford, 2002.
- David, René.; Brierley, John E. *Major legal systems in the world today: an introduction to the comparative study of law: Simon and Schuster*. s.d., 1978.
- ERP, J. *European Private Law Postmodern Dilemmas and Choices. Towards a Method of Adequate Comparative Legal Analysis*. s.d., EJCL. 1999.
- Glenn, H.Patrick. "Aims of comparative law". In: Smits, J.M., (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham: Elgar Publishing; 2014.
- Jayme, Erik. "Identité culturelle et intégration: Le Droit international privé postmoderne". *Recueil des Cours, Hague Academy of International Law*, 1995.
- Legrand, Pierre. *Sens et non-sens d'un Code civil européen*. RIDC, 1996, pp.779-812.
- Michaels, Ralf. "The Functional Method of Comparative Law". En: Reimann, M.; Zimmermann, R. (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford, 2006.

- Pieters, D. "Functions of comparative law and practical methodology of comparing".  
*Syllabus Research Master in Law*. 2009.
- Sacco, Rodolfo. "Legal Formants, A Dynamic Approach to Comparative Law".  
*American Journal of Comparative Law*, 1991.
- Schlessinger, Rudolf B. et al. *Comparative Law Cases, Text, Materials*. New York:  
New York Foundation Press, 1998.
- Van der Mensbrugge, François. *L'utilisation de la méthode comparative en droit  
européen*. Namur: Presses universitaires de Namur, 2003.
- Zweigert, Konrad. y Kotz, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Oxford:  
Oxford, 1998.

# CRIME ORGANIZADO INTERNACIONAL: ANÁLISE JURÍDICO-PENAL

## INTERNATIONAL ORGANIZED CRIME: A LEGAL AND CRIMINAL ANALYSIS

Ana Luiza Almeida Ferro  
*Ministério Público do Estado do Maranhão (Brasil)*

**Resumo:** O presente artigo oferece uma breve visão sobre o crime organizado internacional, as organizações criminosas e suas características, bem como sobre as legislações penais europeia e brasileira sobre o tema.

**Palavras-chave:** Crime organizado, Organização criminosa, Legislação penal comparada, Europa, Brasil.

**Abstract:** This article offers a brief view on international organized crime, its groups and characteristics, as well as on European and Brazilian criminal law about the subject.

**Keywords:** Organized crime, Organized crime group, Comparative criminal law, Europe, Brazil.

### 1. Considerações iniciais

O crime organizado é uma espécie de macrocriminalidade, problema de dimensões globais, cujos números impressionam. Frisa Raúl Cervini que a criminalidade organizada configura “todo un sistema económico clandestino, con un producto bruto y unas ganancias netas que sobrepasan el producto nacional bruto de muchos países”<sup>1</sup>. Não é sem razão que o Banco Mundial, de posse do resultado de pesquisas da American University, de Washington, cunhou uma expressão para os negócios do ramo: Produto Criminoso Bruto (PCB)<sup>2</sup>.

Nos antecedentes históricos do crime organizado<sup>3</sup>, figuram, entre outros registros, a *societas sceleris* (sociedade de criminosos), dos bandos às associações secretas, estas, geralmente, com objetivos políticos, fenômeno conhecido desde a Antiguidade ou mais perceptivelmente configurado na Idade Média, por meio dos

---

<sup>1</sup> Cervini, Raúl. “Aproximación conceptual y enfoque analítico del crimen organizado”. In: Gomes, Luiz Flávio; Cervini, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 246.

<sup>2</sup> Beting, Joelmir. “Criminal exuberance” [on-line]. *Estado.com.br*, 8 de junho de 2000. <<http://www.estado.com.br/editorias/2000/06/08/eco832.html>> [5 março 2003].

<sup>3</sup> Para um aprofundamento do tema, ver o Capítulo 1 de nossa obra inaugural sobre o crime organizado: Ferro, Ana Luiza Almeida. *Crime organizado e organizações criminosas mundiais*. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 69-103. Ver também Ferro, Ana Luiza Almeida; Pereira, Flávio Cardoso; Gazzola, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 25-26.

bandoleiros; a pirataria praticada nos séculos XVII e XVIII, representando, na opinião de Dennis Kenney e James Finckenaer, “an original and early form of organized crime”;<sup>4</sup> as origens das Tríades chinesas no princípio do século XVII e da Máfia siciliana no século XVIII ou XIX; o fenômeno que ganhou a denominação de “banditismo social”, próprio dos séculos XVIII e XIX; a relação das primeiras gangues de Nova York, no século XIX, com o manto protetor da política e o próspero universo dos negócios; e a *Era da Prohibition* (época da célebre “Lei Seca”), de 1920 a 1933, quando esteve em vigor a Décima Oitava Emenda à Constituição americana, proibindo a venda e distribuição de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos, o que impulsionou o grande desenvolvimento de grupos mafiosos, com crescente estrutura empresarial, no país, fato apontado como um marco na história da evolução da criminalidade organizada.

A primeira elaboração, em concepção moderna, de um tipo legal firmando como crime autônomo a associação criminosa é inequivocamente atribuída ao Código napoleônico de 1810, mediante a figura da *association de malfaiteurs*, que inspirou diversos outros códigos. A origem histórica da *fattispecie* associativa deve-se, na opinião geral dos estudiosos, à exigência, intensamente sentida até o princípio do séc. XIX, de uma repressão efetiva ao fenômeno do banditismo.

## 2. Os novos conquistadores

Em sua obra *Origens do totalitarismo*, Hannah Arendt distingue a *expansão*, como escopo maior e permanente da política, da *conquista*, não implicando a primeira a pilhagem temporária ou a assimilação duradoura, traços da segunda.<sup>5</sup> Ruggiero Romano, por sua vez, analisa os três elementos que, configurando um mecanismo quando vistos em seu conjunto, teriam possibilitado a conquista do Novo Mundo, nos séculos XV e XVI, pelos europeus, com destaque para os espanhóis: a espada, a cruz e a fome<sup>6</sup>.

As organizações criminosas são os novos conquistadores. Para elas, ao contrário da distinção de Hannah Arendt, a expansão é conquista: conquista de mercados, de poder, de adeptos. Os novos conquistadores não perseguem terras, mas

---

<sup>4</sup> Kenney, Dennis J.; Finckenaer, James O. *Organized crime in America*. Belmont, California: Wadsworth, 1994, p. 53.

<sup>5</sup> Arendt, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, pp. 155-156.

<sup>6</sup> Romano, Ruggiero. *Os mecanismos da conquista colonial*. Trad. de Marilda Pedreira. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995, pp. 13-17; 21; 23.

mercados. São empresas do crime, em busca do lucro incessante<sup>7</sup>. Concentram-se em uma ou em várias atividades ilícitas. Não conhecem fronteiras e não respeitam a soberania dos Estados. São conquistadores sem pátria. Organizam-se segundo uma hierarquia, dentro de uma estrutura preponderantemente vertical ou horizontal. Em regra, a partir de um “território” físico ou virtual que lhes serve de base, expandem-se por cobiça de dinheiro<sup>8</sup> e poder<sup>9</sup>, mediante redes, que os tornam, já em estágios mais avançados, impérios transnacionais, em conexão com outros impérios igualmente sedentos de lucro<sup>10</sup>. Não operam unicamente no mercado ilícito; compram negócios lícitos, possuem participação em bancos e empresas legítimas, dedicam-se ao “branqueamento” do dinheiro “sujo” e à sua reciclagem para fins de reutilização tanto em atividades lícitas como ilícitas, manipulam mercados financeiros.

Mas o que os faz imensamente danosos às sociedades e à democracia não é somente a sua capacidade de penetração no mercado econômico-financeiro, nem tampouco o expressivo grau de lesividade de suas operações, porém, sobretudo, a sua habilidade de infiltração nos pilares do Estado e das instituições sociais e políticas. Procuram conquistar o Estado por dentro, corroendo suas entranhas com o ácido da corrupção, do tráfico de influência, da troca de favores. Financiam campanhas políticas, elegem membros de suas hostes ou pessoas comprometidas com seus objetivos, subornam agentes do Poder Público.

---

<sup>7</sup> Kelsen assenta, entretanto, que os objetivos econômicos são sempre meios para outros objetivos: “Não é possível separar a esfera econômica das outras esferas da vida humana, pois, para a realização de outros fins que não os econômicos, os meios econômicos são necessários e os fins últimos nunca são econômicos; os fins econômicos são sempre meios para novos fins”. Kelsen, Hans. *A democracia*. Trad. de Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 276. Não é muito diferente a opinião de Aristóteles, pelo prisma do indivíduo: “Quanto à vida consagrada ao ganho, é uma vida forçada, e a riqueza não é evidentemente o bem que procuramos: é algo de útil, nada mais, e ambicionado no interesse de outra coisa.” “Ética a Nicômaco: livro 1”. In \_\_\_\_\_. *Metafísica: livro 1 e livro 2; Ética a Nicômaco; Poética*. Trad. de Vincenzo Cocco, Leonel Vallandro, Gerd Bornheim e Eudoro de Souza. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 52.

<sup>8</sup> “O dinheiro é o elemento mais abstrato e ‘impessoal’ que existe na vida humana. Quanto mais o mundo da economia capitalista moderna segue suas próprias leis iminentes, tanto menos acessível é a qualquer relação imaginável com uma ética religiosa de fraternidade.” Weber, Max. “Rejeições religiosas do mundo e suas direções”. In \_\_\_\_\_. *Textos selecionados*. Trad. de Maurício Tragtenberg, Waltensir Dutra, Calógeras A. Pajuaba, M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 245. As palavras de Max Weber bem se aplicam ao capitalismo praticado pelas organizações criminosas.

<sup>9</sup> A busca e a consecução de lucro estão ligadas à busca e à consecução de poder, como nota Dworkin: “O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere”. Dworkin, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 31.

<sup>10</sup> A persecução do lucro configura, inclusive, fator distintivo das organizações criminosas em relação aos grupos terroristas: “A busca do lucro é outra característica da organização criminosa que a diferencia de grupos terroristas que possuem um cunho eminentemente ideológico e subversivo da ordem constituída, mediante atos terroristas”. Lavorenti, Wilson; Silva, José Geraldo da. *Crime organizado na atualidade*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 24.

Intimidam e matam jornalistas, policiais, políticos, membros do Ministério Público, juízes e quaisquer outros que lhes oponham resistência, além de submeterem seus afiliados a uma estrutura hierárquica e a um regime disciplinar. Sua lei é a do silêncio, a *omertà*. Menos recorrem à violência ou dela dependem para assegurar-lhes a impunidade quanto mais conquistam poder via corrupção<sup>11</sup>.

Não surgiram com a globalização, mas são por ela deveras favorecidos. Não teriam a dimensão de danosidade social que alcançaram sem a rede por ela oferecida. Aproveitam-se do capitalismo em sua feição desorganizada e das vulnerabilidades da democracia, mas não são exclusividade destes.

No melhor estilo dos antigos conquistadores espanhóis do séc. XVI, as organizações criminosas empregam mecanismos efetivos para a conquista: a *espada* (todo o arsenal tecnológico, todas as armas, todas as técnicas e estratégias utilizadas para abalar as estruturas econômicas, sociais, políticas e jurídicas, pela intimidação, corrupção, manipulação do sistema financeiro ou lavagem de dinheiro), a *cruz* (a imposição de sua “religião”, de sua cultura, de seu “código de honra”, enfim, de suas regras e normas, que se espelham em valores “ajustados” da própria sociedade, com o propósito de garantir a impunidade e a disciplina de suas “tropas”) e a *fome* (não há mercado sem consumidores, não há empresas criminosas direcionadas para a expansão de seus negócios, sem clientes ávidos por produtos proibidos, como a droga, ou escassos, como os oriundos de contrabando).

### 3. O conceito e a caracterização de crime organizado e organização criminosa

Sob a âncora, em especial, de Edwin Sutherland<sup>12</sup> e Winfried Hassemer<sup>13</sup>, e a partir do exame e da comparação de estudos, teorias e posicionamentos, no campo da doutrina jurídico-penal e da pesquisa histórica e criminológica, de diplomas internacionais e da legislação penal e processual-penal de vários países, consideramos como características da organização criminosa as seguintes: a) estabilidade e

---

<sup>11</sup> “De se ver que a utilização da violência normalmente diminui na razão direta da obtenção pela OC de maior poder político através da corrupção”. Maia, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *O Estado desorganizado contra o crime organizado: anotações à Lei Federal 9.034/95 (organizações criminosas)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 16.

<sup>12</sup> Ver Sutherland, Edwin H. *White collar crime: the uncut version*. New Haven/London: Yale University Press, 1983.

<sup>13</sup> Ver Hassemer, Winfried. “Segurança pública no Estado de direito”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 2, n.º 5, pp. 55-69, jan./mar. 1994; e Hassemer, Winfried. “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada: tesis y razones”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 6, n.º 23, pp. 25-30, jul./set. 1998.

permanência da associação; b) número mínimo de três membros, sendo mais comum a existência de numerosos integrantes, geralmente contando com a colaboração eventual de outras pessoas; c) sofisticação estrutural, embora mínima, com molde e planejamento empresarial, capacidade de adaptação, padrão hierárquico, liderança definida, sistema implícito ou explícito de normas comportamentais, regime próprio de disciplinamento, especialização e divisão de tarefas, seleção rigorosa de novos membros e tendências expansivas e monopólicas no tocante à exploração de certas atividades ilícitas; d) fim de cometimento de uma série indeterminada de infrações penais, muitas sem vítimas diretas ou com vítimas difusas, pelo objetivo prioritário do lucro, da acumulação de riqueza e da obtenção de poder que facilite a consecução do lucro e assegure a impunidade; e) ligação estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus representantes, preferencialmente autoridades públicas, sobretudo pela corrupção, visando à neutralização da persecução penal e da ação política e governamental direcionada à repressão, para a sobrevivência e otimização de seus negócios e a garantia de impunidade<sup>14</sup>; f) penetração no sistema econômico, marcada pela formação e promoção do desenvolvimento e da manutenção de mercado econômico paralelo, mediante o atendimento da demanda de consumidores por bens e serviços ilícitos e por bens e serviços lícitos, porém produzidos ou distribuídos ilegalmente, e pela infiltração no mercado econômico oficial, por intermédio da utilização de empresas legítimas<sup>15</sup>; g) grande capacidade de perpetração de fraude difusa; h) considerável poder de intimidação, com imposição da regra do silêncio e

---

<sup>14</sup> “Fundamental nas estratégias de organização de crimes desta natureza, emerge o componente *conexão com o poder público*, elemento este que se destina a neutralizar as ações do Estado, tendentes a combater o crime organizado”. Gomes, Abel Fernandes. “Introdução”. In Gomes, Abel Fernandes; Prado, Geraldo Luiz Mascarenhas; Santos, William Douglas Resinente dos. *Crime organizado e suas conexões com o Poder Público: comentários à Lei nº 9.034/95: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 3.

<sup>15</sup> Deveras pertinente é a asserção de Rodolfo Maia: “Reafirme-se, todavia, que, mais grave do que este fornecimento de bens e serviços ilícitos no mercado econômico paralelo e ilegal, é a segunda estratégia de obtenção de lucro e poder consubstanciada na imbricação do crime organizado com as empresas atuantes no mercado legítimo.” Maia, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *O Estado desorganizado...*, p. 24. Essa participação das organizações criminosas no mercado lícito objetiva a obtenção de uma cobertura insuspeita para as suas atividades, acompanhada dos benefícios de semelhante “legitimação”: “Es muy importante dentro de este tópico señalar que toda organización criminal desarrollada, además de procurar esa planificación estratégica y táctica, un modo de actuar racional y cierto nivel de distribución de roles, pretende establecer dependencias recíprocas estrechas entre las actividades ilegales y legales; le interesa participar también en el mercado legal para tener así una ‘segunda pierna’ de apoyo o ‘cobertura táctica’ para poder encubrir y ocultar sus negocios ilícitos y, fundamentalmente, para obtener grandes beneficios operando en la ‘zona gris’ de la economía. A efectos de ‘legitimar’ parte de sus actividades resulta imprescindible esa telaraña de protectores y patrocinantes en las esferas de la policía, justicia, política y economía, que forman una fundamental zona intermedia en torno al grupo delictivo sin la cual estas organizaciones perderían su capacidad de adaptación y de integración, dentro de ciertos marcos, a las actividades legales”. Cervini, Raúl. “Aproximación conceptual y...”, pp. 267-268.

recurso à violência<sup>16</sup> e a ameaças contra quaisquer pessoas, interna ou externamente, que lhe possam representar ameaça à existência como associação ilícita ou à preservação ou expansão dos negócios; i) uso de instrumentos e recursos tecnológicos avançados, principalmente em termos de telecomunicação, informática e armas; j) emprego do assistencialismo, objetivando alcançar algum grau de “legitimação” social, pela conquista da simpatia, do respeito, da tolerância ou, pelo menos, do silêncio das comunidades carentes sob sua área de influência, dificultando os mecanismos da persecução penal; k) cultivo de valores e padrões comportamentais compartilhados por uma parcela social; l) territorialidade<sup>17</sup>, isto é, delimitação de “território”, que se refere ao monopólio ou compartilhamento acordado da exploração de atividades ilegais em determinada(s) zona(s) de influência e/ou de determinado(s) ramo(s) de atividades ilegais, permanecendo os espaços físicos sob a tutela oficial do Estado, em regra, ainda que negligenciados por este, por opção deliberada ou não de seus agentes, havendo situações, todavia, de crescente ameaça aos pressupostos de soberania do Estado; m) estabelecimento de uma rede<sup>18</sup> de conexões com outras organizações ou grupos criminosos do país e com instituições e setores sociais, econômicos, políticos e culturais; n) transnacionalidade ou tendência à transnacionalidade, significando a internacionalização de suas atividades ou operações ilegais, a exemplo da lavagem de dinheiro, e o estabelecimento de alianças com organizações ou grupos criminosos de outros países, formando uma rede de conexões.

Algumas anotações se fazem necessárias.

Procuramos aí reunir os traços peculiares a grande parte das organizações criminosas reconhecidas no mundo. Nem todas as características elencadas são

---

<sup>16</sup> Entre os homicídios conhecidos como “excelentes” na história do crime organizado na Itália, praticados pela Cosa Nostra siciliana, sobressaem-se os dos magistrados Giovanni Falcone (na carnificina de Capaci, na qual pereceram cinco pessoas) e Pietro Borsellino (na carnificina de via D’Amelio, na qual tomaram seis pessoas), do prefeito de Palermo, General Dalla Chiesa, do presidente da Região Siciliana Mattarella e do deputado La Torre. Ver: Pellegrini, Angiolo; Costa Jr., Paulo José da. *Criminalidade organizada*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 15.

<sup>17</sup> Mario Chiavario enfatiza a territorialidade como característica das organizações criminosas, sem olvidar outra, a transnacionalidade, que não é incompatível com aquela. Daí a sua menção às organizações “robustamente radicadas sobre o território mas já também com estreitas ligações e ramificações internacionais”. Chiavario, Mario. “Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol. 2, n.º 5, p. 28, jan./mar. 1994.

<sup>18</sup> O nível de análise da rede nos possibilita, na visão de Raúl Cervini, por um lado compreender as conexões existentes entre o setor do crime organizado e os quadros legítimos da vida social, econômica e política da comunidade, fazendo, por outro, com que avaliemos o real alcance de outras duas características essenciais do crime organizado, que seriam a coordenação de atividades por meio de uma estratégia global e a transnacionalização. Ver “Tóxicos – criminalidade organizada: su dimensión económica”. In: Penteadó, Jaques de Camargo (org.). *Justiça penal - 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 139.

essenciais à identificação de uma organização criminosa, algumas tendo incidência eventual, como é o caso do assistencialismo e da transnacionalidade. Alguns dos atributos listados pertencem ao núcleo comum compartilhado pelas organizações criminosas e por meras quadrilhas, como se dá em relação ao cunho de estabilidade e permanência inerente à associação ilícita e à finalidade de prática de uma série indeterminada de infrações penais (ou especificamente crimes). Outros traços podem ser também encontrados nas indigitadas quadrilhas, conquanto apareçam em maior escala nas organizações criminosas, o que é válido, *exempli gratia*, para o emprego de instrumentos e recursos tecnológicos avançados, para a utilização abusiva da violência e para a territorialidade, as duas últimas caras às tradicionais gangues que assombram muitas cidades pelo mundo.

Tratando-se de ilícito associativo, a noção de crime organizado conduz à constatação de que o comportamento das pessoas envolvidas no crime organizado é, sobretudo, aprendido.

As organizações criminosas arregimentam seus membros e colaboradores eventuais, indistintamente, do *underworld* e do *upperworld*. A conexão com o *upperworld*, aliás, revela-se inevitável, pela infiltração no mundo “engravatado” dos negócios e pela conexão de natureza estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus agentes. Sem tal conexão, não há organização criminosa possível, podendo, no máximo, constituir uma quadrilha organizada, dependendo de seu nível estrutural. Esta é a característica primordial, o fator mais distintivo, das organizações criminosas.

Outro atributo diferencial é exatamente a ligação estreita com o sistema econômico.

Abel Gomes procura identificar e analisar as estratégias empregadas pelas organizações criminosas para a consecução e manutenção da dita conexão com órgãos ou agentes do Poder Público. Ele divide as estratégias de infiltração em formas indiretas e formas diretas de conexão. Entre as formas indiretas, figuram: a) financiamento de campanhas políticas; e b) corrupção. Entre as formas diretas, estão: a) inserção direta de certos profissionais em setores específicos das estruturas estatais; visando à consecução de informações privilegiadas ou ao desenvolvimento de atividades ilegais no seio da própria estrutura estatal; b) utilização da figura aparentemente neutra do intermediário,

com livre acesso à estrutura estatal; e c) formação da organização criminosa dentro do próprio Poder Público, a mais perniciosa das estratégias de conexão<sup>19</sup>.

Nossa opção pela quantidade mínima de três integrantes deve-se à constatação de que três é um número que melhor expressa o caráter de associação do que dois, este mais apropriado para a noção de mero acordo.<sup>20</sup> E três já pode traduzir uma associação com especialização e divisão de tarefas, razão pela qual deixamos de lado o quatro, número mínimo adotado pela redação anterior do art. 288, *caput*, do Código Penal brasileiro, bem como pelo art. 1º, § 1º, da Lei 12.850, de 02.08.2013. Três é a quantidade mínima de pessoas prevista nos artigos 416 e 416 *bis* do *Codex* italiano, respectivamente sobre a “associação para delinquir” e a “associação de tipo mafioso”; no art. 570 *bis*.1 do Código Penal espanhol, sobre a “organização criminal”; no art. 282 *bis*.4 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, diploma processual espanhol, sobre a “delinquência organizada”; no art. 299º, n. 5, do Código Penal lusitano e no atual art. 288, *caput*, do estatuto brasileiro, sobre a “associação criminosa”; no art. 210 do *Código Penal de la Nación Argentina*, sobre a “associação ilícita”; e, mormente, no art. 2º, *a*, da Convenção de Palermo, sobre o “grupo criminoso organizado”.

Quanto à estruturação da organização criminosa, pode esta ser prevalentemente vertical (piramidal) ou horizontal<sup>21</sup>. A configuração de uma estrutura predominantemente horizontal não implica, de maneira alguma, a ausência de qualquer tipo de relação hierárquica, esta inerente a qualquer organização criminosa, independentemente de seu nível de sofisticação ou formato estrutural<sup>22</sup>.

No que tange ao fim de cometimento de “infrações penais”, pensamos abranger a expressão todo o universo de ilícitos penais visado pelas organizações criminosas no

---

<sup>19</sup> Gomes, Abel Fernandes. “Conexão com o Poder Público”. In: Gomes, Abel Fernandes; Prado, Geraldo Luiz Mascarenhas; Santos, William Douglas Resinente dos. *Crime organizado e...*, pp. 8-13.

<sup>20</sup> Ver Dias, Jorge de Figueiredo. *As “associações criminosas” no Código Penal português de 1982 (arts. 287.º e 288.º)*. Coimbra: Coimbra, 1988, p. 35.

<sup>21</sup> Roberto Scarpinato opta pela identificação de três tipos de estrutura no tocante às organizações criminosas, com uma forma mista: “Alcune hanno una organizzazione reticolare flessibile (mafia turca), altre una struttura rigida burocratizzata e piramidale (Cosa Nostra), altre ancora una struttura gerarchica tradizionale di livello superiore che poggia su una rete flessibile a livelli inferiori (vedi il modello delle Triadi cinesi)”. Scarpinato, Roberto. “Il fenomeno della criminalità organizzata a livello internazionale e l’esperienza italiana” [on-line]. Instituto Brasileiro Giovanni Falcone (IBGF). <<http://www.ibgf.org.br/pdvista/a19.htm>> [19 janeiro 2003].

<sup>22</sup> Ver Gomes, Abel Fernandes. “Caracteres do crime organizado”. In: Gomes, Abel Fernandes; Prado, Geraldo Luiz Mascarenhas; Santos, William Douglas Resinente dos. *Crime organizado e...*, p. 5. Muitas organizações criminosas ainda hoje adotam a estrutura vertical. Um exemplo clássico é a Máfia siciliana. Todavia, conforme alguns, a tendência no crime organizado parece ser a horizontalização. Ver: Maierovitch, Walter Fanganiello. “As associações criminosas transnacionais”. In: Penteado, Jaques de Camargo (org.). *Justiça penal – 3...*, p. 76.

mundo, evitando-se eventuais discussões sobre o significado e o alcance de termos como “crime” ou “delito” nas diferentes legislações.

O objetivo prioritário de lucro e poder voltado para a obtenção de mais lucro – o cunho não ideológico, como preferem Dennis Kenney e James Finckenauer<sup>23</sup> – é o que efetivamente distingue as organizações criminosas *stricto sensu* das organizações terroristas<sup>24</sup>.

Creemos, então, que a organização criminosa pode ser conceituada como a associação estável de três ou mais pessoas, de caráter permanente, com estrutura empresarial, padrão hierárquico e divisão de tarefas, que, valendo-se de instrumentos e recursos tecnológicos sofisticados, sob o signo de valores compartilhados por uma parcela social, objetiva a perpetração de infrações penais, geralmente de elevada lesividade social, com grande capacidade de cometimento de fraude difusa, pelo escopo prioritário de lucro e poder a ele relacionado, mediante a utilização de meios intimidatórios, como violência e ameaças, e, sobretudo, o estabelecimento de conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus agentes, especialmente via corrupção – para assegurar a impunidade, pela neutralização da ação dos órgãos de controle social e persecução penal –, o fornecimento de bens e serviços ilícitos e a infiltração na economia legal, por intermédio do uso de empresas legítimas, sendo ainda caracterizada pela territorialidade, formação de uma rede de conexões com outras associações ilícitas, instituições e setores comunitários e tendência à expansão e à transnacionalidade, eventualmente ofertando prestações sociais a comunidades negligenciadas pelo Estado. E crime organizado é a espécie de macrocriminalidade perpetrada pela organização criminosa<sup>25</sup>.

#### **4. O crime organizado na Convenção de Palermo, em algumas legislações europeias e na legislação brasileira**

Conforme Scarance Fernandes, as linhas doutrinárias e legislativas sobre o conceito de crime organizado podem ser resumidas em três: a) aquela partindo da ideia de organização criminosa para a definição de crime organizado, este entendido como o

---

<sup>23</sup> Kenney, Dennis J.; Finckenauer, James O. *Organized crime in...*, p. 3.

<sup>24</sup> As organizações terroristas se caracterizam pela busca de um fim político de modo prioritário e pelo seu cunho notadamente ideológico e subversivo do *status quo*, por meio de atos marcados pela tática do terror. A persecução do lucro não é descartada ou mesmo negligenciada, contudo está a serviço do escopo maior, de mudança política.

<sup>25</sup> Para um maior aprofundamento da questão da conceituação e caracterização do crime organizado e das organizações criminosas, ver FERRO, Ana Luiza Almeida. *Crime organizado e...*, pp. 489-509.

perpetrado pelos membros de uma organização; b) aquela partindo da concepção de crime organizado, definindo-o de acordo com os seus elementos essenciais, sem indicação de tipos penais e, comumente, com inclusão, entre os seus traços, do fato de integrar o agente uma dada organização criminosa; e c) aquela fazendo uso do elenco de tipos ínsitos no sistema, com adição de outros, os quais são reconhecidos como crimes organizados<sup>26</sup>. Por outra forma de classificação, há dois modelos legislativos para a repressão às organizações criminosas, um que busca realmente definir ou caracterizar em termos típicos o que constitua uma organização criminosa, lançando mão de conteúdos sociológicos e criminológicos, e outro que opta pelo critério dogmático para o tratamento típico do fenômeno.

A *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* (Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, das Nações Unidas, conhecida como Convenção de Palermo), aprovada pela Assembleia-Geral da organização em 15/11/2000, adota um conceito simplificado de “grupo criminoso organizado”, em que o foco está sobre a estruturação do caráter associativo e o escopo econômico: “‘Organized criminal group’ shall mean a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this Convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit” (art. 2º, a).

No mundo, os diplomas penais utilizam diferentes expressões, com limitadas variações de significação, para o tipo genérico da associação de caráter ilícito, herdeiro da *association de malfaiteurs* do Código napoleônico de 1810: “associação ilícita” (art. 515 do Código Penal espanhol, art. 210 do Código Penal argentino, art. 292 do Código Penal chileno), “associação de malfeitores” (art. 450-1 do atual Código Penal francês), “associação criminosa” (§ 129 do Código Penal alemão, conhecido como *StGB*, art. 299º do Código Penal português, art. 288 do estatuto brasileiro) e “associação para delinquir” (art. 416 do Código Penal italiano, art. 207 do Código Penal cubano), entre outras. No Direito penal americano, impõe-se a figura autônoma da conspiração, quer em nível federal, quer no estadual.

A tradicional figura da *association de malfaiteurs* (associação de malfeitores), herança do Código Penal napoleônico, é a marca registrada do Direito penal francês, hodiernamente agasalhada no art. 450-1 do *Code Pénal*.

---

<sup>26</sup> Fernandes, Antônio Scarance. “Crime organizado e a legislação brasileira”. In Penteadó, Jaques de Camargo (org.). *Justiça penal – 3...*, pp. 31-55.

No contexto do Direito alemão, seja no Código Penal, seja nas leis extravagantes, não há figura típica alguma escorada em conceito ou descrição do crime organizado ou da organização criminosa. É um sinal da carência existente no terreno da elaboração teórico-conceitual e do estudo empírico nessa matéria<sup>27</sup>. Por conseguinte, o dispositivo do Código Penal alemão (*StGB*) aplicável ao crime organizado e às suas organizações é basicamente o inserto no § 129, epigrafiado de “formação de associações criminais”, o qual segue o tradicional modelo genérico, de caráter dogmático, da “associação de malfeitores”.

Nas legislações em que é feita a diferenciação entre o crime organizado e o crime de associação ilícita, há variação dos critérios. O *Codex* italiano, por ilustração, distingue a associação criminosa comum, denominada de *associazione per delinquere* (associação para delinquir), tradicional expressão do mesmo molde genérico da “associação de malfeitores”, na qual três ou mais pessoas se associam com o escopo de prática de delitos (art. 416), semelhante à figura insculpida no art. 288 do Código brasileiro, da associação com características específicas de organização criminosa, chamada de *associazione di tipo mafioso* (associação de tipo mafioso), afirmação do padrão de inspiração sociológica, destinada exclusivamente ao tratamento do crime organizado e das organizações criminosas, em que a peculiaridade é o uso, pelos seus membros, da força de intimidação do vínculo associativo e da condição de sujeição (*assoggettamento*) e de silêncio solidário (*omertà*) dela derivada, objetivando o cometimento de delitos, a aquisição direta ou indireta da gestão ou, de qualquer maneira, o controle de atividades econômicas, concessões, autorizações, empreitadas e serviços públicos, a realização de proveitos ou vantagens injustas, o impedimento ou obstaculização do livre exercício do voto ou a obtenção de votos na oportunidade de consultas eleitorais (art. 416 *bis*). O último artigo nitidamente elege a Máfia siciliana como referência padrão de organização criminosa, embora a ela não se restrinja.

Para Gaetano Insolera, a definição legislativa da associação ora enfocada tem como pilares três elementos característicos: “1) la ‘forza di intimidazione del vincolo associativo’ cui consegue una condizione di assoggettamento e di omertà; 2) il metodo,

---

<sup>27</sup> Sobre o assunto, ver Sales, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 247-249.

consistente nell'avvalersi di tale forza di intimidazione; 3) il programma finale del sodalizio [...]”<sup>28</sup>.

Enfatiza Andrea Castaldo o papel de supridor de lacuna legislativa desempenhado pelo art. 416 *bis* no corpo do *Codex* italiano, em tema de crime organizado, ao anotar que ele foi inserido “a fin de llenar la pretendida laguna legislativa en orden a la represión de la asociación de tipo mafiosa de específica autonomía connotativa”<sup>29</sup>.

O Código Penal português, de 1982, foge da opção por uma figura típica, de orientação sociológica, destinada ao tratamento do crime organizado e das organizações criminosas, cara ao Direito italiano, acolhendo o tradicional padrão dogmático da “associação de malfeitores” do Direito francês e de tantos outros direitos. Assim, o art. 299º, intitulado “associação criminosa”, pune com pena de prisão de um a cinco anos aquele que promove ou funda grupo, organização ou associação “cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes” (n. 1), bem como aquele que participa de qualquer dessas modalidades associativas ou lhe dá apoio, mediante, *exempli gratia*, o fornecimento de armas, locais para as reuniões ou auxílio objetivando o recrutamento de novos componentes (n. 2).

Todavia, na mesma linha do estatuto italiano, o Código Penal espanhol (Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro) diferencia a associação ilícita (art. 515) da organização criminal (art. 570 *bis*), esta definida como “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”. O tipo legal correspondente repousa no parágrafo anterior do dito artigo. Já no art. 282 *bis*. 4 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* está exposto um delineamento do que seja criminalidade organizada. Diz a letra do preceito legal, inserto em normas que regulam a atuação do *agente encubierto*, que será considerada como “delinquência organizada” “la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente ou reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes”, abrangendo: a) o tráfico ilícito de órgãos humanos; b) o sequestro de pessoas; c) o tráfico de seres humanos; d) a prostituição; e) a violação do patrimônio e da ordem

---

<sup>28</sup> Insolera, Gaetano. *Diritto penale e criminalità organizzata*. Bologna: Il Mulino, 1996, p. 70. Ver também Antolisei, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte speciale*. 11. ed. integrata e aggiornata. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1995. vol. 2, p. 232.

<sup>29</sup> Castaldo, Andrea R. “La criminalidad organizada en Italia: la respuesta normativa y los problemas de la praxis”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol. 7, n.º 27, p. 15, jul./set. 1999.

socioeconômica; f) a violação da propriedade intelectual e industrial; g) a lesão dos direitos dos trabalhadores; h) a lesão dos direitos dos cidadãos estrangeiros; i) o tráfico de espécies de flora ou fauna ameaçada; j) o tráfico de material nuclear e radioativo; k) a ofensa à saúde pública; l) a falsificação de moeda; m) o tráfico e depósito de armas, munições ou explosivos; n) o terrorismo; e o) a violação do patrimônio histórico<sup>30</sup>.

No Direito brasileiro, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/2013, a organização criminosa reflete “a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”. Esse conceito encontra imediata aplicação na norma penal em branco do art. 2º, *caput*, da Lei 12.850/2013, que apresenta o crime de organização criminosa: “Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”<sup>31</sup>.

No mundo, algumas das organizações criminosas de maior expressão são as Máfias siciliana e americana, a Camorra, a 'Ndrangheta, a Sacra Corona Unita, a Organizacija<sup>32</sup>, as Tríades chinesas, a Yakuza e os cartéis mexicanos, todas transnacionais, em maior ou menor grau. No Brasil, estão no rol das organizações criminosas mais conhecidas o Primeiro Comando da Capital (PCC), sediada em São Paulo, o Comando Vermelho (CV), o Terceiro Comando (TC) e a Amigos dos Amigos (ADA), as três com sede no Rio de Janeiro.

---

<sup>30</sup> Choclán Montalvo critica o dispositivo por várias razões, argumentando que este, em verdade, não apresenta definição de organização criminosa, pressupondo, ao invés, o seu conceito; que o conceito em tela é demasiadamente amplo, ensejando dificuldades de delimitação de sentido com respeito às figuras da conspiração e da coautoria e levando, mediante o uso do recurso casuístico de listagem de crimes, à inclusão de infrações penais de menor gravidade, ao mesmo tempo que é restritivo, pelo ângulo oposto, por permitir a exclusão de condutas ilícitas muitas vezes ligadas à criminalidade organizada; e, finalmente, que o indigitado recurso casuístico de enumeração de ilícitos, a despeito de sua função legal restrigente, não traz contribuição expressiva alguma para o conceito substantivo de organização criminosa. Choclán Montalvo, José Antonio. *La organización criminal: tratamiento penal y procesal*. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 10-11. Para um maior aprofundamento sobre o tratamento dado ao tema das associações ilícitas em geral e das organizações criminosas em particular nos direitos penais alemão, francês, italiano, português e espanhol, ver Ferro, Ana Luiza Almeida. *Crime organizado e...*, pp. 424-452.

<sup>31</sup> Para um maior aprofundamento sobre o Capítulo I da Lei 12.850/2013, que trata especificamente da organização criminosa, ver Ferro, Ana Luiza Almeida; Pereira, Flávio Cardoso; Gazzola, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada: comentários...*, pp. 25-67.

<sup>32</sup> Notícia Claire Sterling que, no outono de 1993, a despeito do reinado da Cosa Nostra siciliana no submundo, o chefe da Comissão Parlamentar Antimáfia da Itália declarava que a sede do crime mudara: “A capital mundial do crime organizado é a Rússia”. Declaração de Violante no canal de Notícias RAI italiano, GR 2, 10 out. 1993. *Apud* Sterling, Claire. *A máfia globalizada: a nova ordem mundial do crime organizado*. Trad. de Alda Porto. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 13.

## 5. Considerações finais

A via jurídica não tem o condão de oferecer soluções mágicas para o controle do crime organizado. O Direito penal é e deve ser condizentemente tratado como a *ultima ratio* do controle social, não a primeira. Nem tampouco ostentam tal condição quaisquer medidas e estratégias administrativas ou políticas que ambicionem, pelo caminho repressivo, a simples e total erradicação do problema. O crime organizado, como o crime em geral, pode ser controlado, mas não inteiramente erradicado, sob as condições sociais, econômicas, políticas e culturais hoje conhecidas, até porque, mesmo que sistemática e eficazmente combatido, pode até assumir novas feições, sem que tal signifique o seu completo desaparecimento, o que não indica que possamos baixar a guarda, caso algum dia cheguemos a imaginá-lo “sob controle”, como uma serpente aprisionada, cuja maior parte do veneno haja sido extraída. Porque essa serpente habita em nós. Antes de buscá-la no outro, devemos procurá-la no espelho. Ela cresce à sombra das próprias estruturas socioeconômicas e políticas de uma cidade, de uma região, de um país, uma imagem refletida no espelho da sociedade. Assim, para controlar o ímpeto e o alcance das organizações criminosas, esses conquistadores tão insidiosos, para quebrar-lhes a *espada*, minorando os seus efeitos perniciosos, não basta apenas brandir a *espada da lei*, ainda que esta se faça necessária para o enfrentamento de uma macrocriminalidade com características únicas. É preciso também erguer uma nova *cruz*, que propague valores éticos, de respeito ao ser humano, de cultivo dos frutos do mérito e do trabalho honesto, de repulsa à apropriação do público por interesses privados, que traga uma nova mentalidade, em prol da construção de um mundo mais justo e fraterno. É esta a *fome* que deve presidir as ações de controle de tal forma de criminalidade.

Somente guiados por essa *fome*, em nome dessa *cruz* e com o apropriado manejo dessa *espada*, poderemos principiar a decifrar o enigma da Esfinge do crime organizado e de seu controle, procurar evitar que emergjam novas e múltiplas cabeças da Hidra das organizações criminosas e não permitir que o olhar penetrante da Medusa da criminalidade organizada, com suas estratégicas serpentes de intimidação e infiltração nos pilares do Estado, das instituições sociais e do sistema econômico, transforme em pedra os nossos melhores esforços preventivos e repressivos, sempre em consonância com a legalidade constitucional e as normas internacionais e em observância de uma relação de equilíbrio entre os valores e interesses sociais protegidos pelo Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais do indivíduo.

## Referências Bibliográficas

- Antolisei, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte speciale*. 11. ed. integrata e aggiornata. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1995. vol. 2.
- Arendt, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- Aristóteles. *Metafísica: livro 1 e livro 2; Ética a Nicômaco; Poética*. Trad. de Vinzenzo Cocco, Leonel Vallandro, Gerd Bornheim e Eudoro de Souza. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).
- Beting, Joelmir. “Criminal exuberance” [on-line]. *Estado.com.br*, 8 de junho de 2000. <<http://www.estado.com.br/editorias/2000/06/08/eco832.html>> [5 março 2003].
- Castaldo, Andrea R. “La criminalidad organizada en Italia: la respuesta normativa y los problemas de la praxis”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol. 7, n.º 27, p. 11-19, jul./set. 1999.
- Chiavario, Mário. “Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol. 2, n.º 5, p. 25-36, jan./mar. 1994.
- Choclán Montalvo, José Antonio. *La organización criminal: tratamiento penal y procesal*. Madrid: Dykinson, 2000. (Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”).
- Dias, Jorge de Figueiredo. *As “associações criminosas” no Código Penal português de 1982 (arts. 287.º e 288.º)*. Coimbra: Coimbra, 1988.
- Dworkin, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- Ferro, Ana Luiza Almeida. *Crime organizado e organizações criminosas mundiais*. Curitiba: Juruá, 2009.
- Pereira, Flávio Cardoso; Gazzola, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014.
- Gomes, Abel Fernandes; Prado, Geraldo Luiz Mascarenhas; Santos, William Douglas Resinente dos. *Crime organizado e suas conexões com o Poder Público: comentários à Lei nº 9.034/95: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.
- Gomes, Luiz Flávio; Cervini, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

- Hassemer, Winfried. “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada: tesis y razones”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 6, n.º 23, p. 25-30, jul./set. 1998.
- “Segurança pública no Estado de direito”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 2, n.º 5, p. 55-69, jan./mar. 1994.
- Insolera, Gaetano. *Diritto penale e criminalità organizzata*. Bologna: Il Mulino, 1996.
- Kelsen, Hans. *A democracia*. Trad. de Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- Kenney, Dennis J.; Finckenauer, James O. *Organized crime in America*. Belmont, California: Wadsworth, 1994.
- Lavorenti, Wilson; Silva, José Geraldo da. *Crime organizado na atualidade*. Campinas: Bookseller, 2000.
- Maia, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *O Estado desorganizado contra o crime organizado: anotações à Lei Federal 9.034/95 (organizações criminosas)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- Pellegrini, Angiolo; Costa Jr., Paulo José da. *Criminalidade organizada*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.
- Penteado, Jaques de Camargo (org.). *Justiça penal - 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- Romano, Ruggiero. *Os mecanismos da conquista colonial*. Trad. de Marilda Pedreira. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995.
- Sales, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- Scarpinato, Roberto. “Il fenomeno della criminalità organizzata a livello internazionale e l’esperienza italiana” [on-line]. Instituto Brasileiro Giovanni Falcone (IBGF). <<http://www.ibgf.org.br/pdvista/a19.htm>> [19 janeiro 2003].
- Sterling, Claire. *A máfia globalizada: a nova ordem mundial do crime organizado*. Trad. de Alda Porto. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- Sutherland, Edwin H. *White collar crime: the uncut version*. New Haven/London: Yale University Press, 1983.
- Weber, Max. *Textos selecionados*. Trad. de Maurício Tragtenberg, Waltensir Dutra, Calógeras A. Pajuaba, M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

II. PASADO Y PRESENTE  
DE LOS DERECHOS HUMANOS,  
MIRANDO AL FUTURO.  
ALGUNOS DESARROLLOS  
COYUNTURALES



# PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA IDEA DE LOS DERECHOS HUMANOS\*

## PAST, PRESENT AND FUTURE THE IDEA OF HUMAN RIGHTS

Martín Agudelo Ramírez  
*Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín*

**Resumen:** Nuestro presente artículo refiere a una historia sucinta, pero contundente, de los derechos humanos. El repaso que hacemos desde el derecho natural de la antigüedad occidental hasta nuestro presente, tiene por finalidad no solo revisar la historia en cuanto a este tema se refiere, sino someter a crítica a algunos de sus postulados y generar en el lector una reflexión que nos conduzca por un derrotero que permita afianzar o reconsiderar el norte de los derechos humanos.

**Palabras clave:** Derechos, Historia, Humanidad, Humanos, Jurisprudencia, Moral.

**Abstract:** Our present article refers to a brief but concise history of human rights. Reviewing we do from the natural right of Western antiquity to our present, aims not only to review the history regarding this issue is concerned, but subject to criticism of some of its postulates and create in the reader a reflection that we driving on a course that will allow us to strengthen or reconsider northern human rights.

**Keywords:** Rights, History, Human, Humanity, Law, Morality.

### 1. Hacia la conformación de una idea

La tesis sobre la configuración occidental del discurso de los derechos humanos ha sido resistida constantemente desde aristas distintas. Una alternativa de cuestionamiento, como Höffe lo expone, consiste en comprender esos derechos como la “terapia” construida para combatir ciertas “patologías” occidentales, tales como “la intolerancia religiosa, el Estado absolutista y el colonialismo”. Asimismo, apelando a la oposición, puede considerarse que varias culturas no occidentales han confeccionado catálogos sobre determinados rasgos comunes a los seres humanos; baste apreciar la idea de los mitos sobre la “creación del mundo”, desde la que puede

---

\*El artículo se vincula a una ponencia presentada en el Congreso Internacional de Filosofía Política, realizado en Popayán, Colombia, en el año 2014, organizado por la Asociación Iberoamericana de Filosofía Práctica, y con estudio realizado para la revista VOX JURIS de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú.

plantearse “la igualdad de todos los seres humanos”<sup>1</sup>. Sin embargo, cuando se piensa en las circunstancias propiciadas en Europa, a partir de la Modernidad, se considera una noción de derechos con una identidad muy peculiar.

El derecho natural clásico y el cristianismo son un primer punto de referencia cuando se buscan los antecedentes mediatos de la idea de los derechos humanos. Antígona, precisamente, se comprende como un símbolo importante aportado por la tragedia griega; en la divinidad se redime una mujer que no quiere sentirse atada por las fronteras de la ley<sup>2</sup>. El legado de la filosofía antigua en lo que concierne a la pregunta por el hombre y su sentido, de otro lado, resulta indiscutible. Asimismo, el aporte judeocristiano es significativo cuando se concilia buena parte de la tradición greco-romana con la fuente teológica sobre *imago Dei*, como se advierte a partir de la patrística.

Esa plataforma ideológica, decisivamente metafísica, consolida un universalismo moral que modela cierta perspectiva antropológica dominante en la historia de Occidente. Pero para que se definiera la idea de los derechos humanos fue necesario el colapso de las estructuras medievales y que se abriera paso al mundo de la subjetividad, lo que implicó la apuesta por un individuo autónomo y titular auténtico de un reconocimiento en el ámbito jurídico. La Reforma fue decisiva para que se diera esa ruptura.

El protestantismo enfatiza en que los hombres se salvan por su fe. Con los reformadores se rechaza la posibilidad de derivar principios de un orden objetivo en el que se imponga el bien común, distanciándose del paradigma escolástico, esto es, de la tradición aristotélico-tomista. Se propone comprender a cada ser humano de cara a su Creador. Como lo expone MacIntyre: “Los hombres comienzan a buscar la finalidad de su vida no dentro de las formas de la comunidad humana, sino en algún modo de salvación individual exterior a ellas”<sup>3</sup>.

A partir de los siglos XVI y XVII, desde los círculos burgueses europeos se insistió, de una parte, en la soberanía del individuo y, de otra, en la importancia de la

---

<sup>1</sup> Höffe, Otfried. *Derecho intercultural*. Barcelona: Gedisa, 2008, p. 35.

<sup>2</sup> Sófocles. *Antígona*. Barcelona: Gredos, 1995, p. 35.

<sup>3</sup> MacIntyre, Alasdair. *Historia de la ética*. Barcelona: Paidós, 2006, p. 132.

tolerancia, teniendo en cuenta el caos presentado con las guerras religiosas y la necesidad sentida de contrarrestar los efectos de la Contrarreforma. Esto aseguró la vigencia de unas libertades mínimas. El Estado absoluto debía limitarse. Ese Estado, con el pretexto de garantizar la unidad religiosa, socavaba las libertades de conciencia y de culto. Para los reformadores resultaba imprescindible que se diera cumplimiento del mandato contenido en el texto bíblico de Mateo 22, 21. Al César debía dársele lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios.

## **2. La Modernidad y el nacimiento de la idea de derechos humanos**

A partir de la Reforma va abriéndose paso a la configuración de la doctrina del derecho natural moderno. Se identifica un mundo de subjetividad en oposición al orden objetivo de reglas comunes, universalizando el derecho desde el individuo. Según el iusnaturalismo racionalista, el hombre es titular de una libertad e igualdad naturales. Un sujeto autónomo, dueño de sí, es reconocido como titular de unos derechos identificados racionalmente. Así, se configura la idea de los derechos humanos, comprendidos como derechos naturales racionales. Se conciben unos derechos cuasi-sagrados, anteriores a la sociedad política, y predicables de todos los seres humanos.

La racionalidad secular justificó las bases del Estado moderno y propició una transformación en el ámbito político que va perfilando el ideario liberal, concretando la producción de catálogos de derechos en los siglos XVII (*Petition of Rights* de 1628 y *Bill of Rights* de 1689) y XVIII (los norteamericanos y el francés)<sup>4</sup>, forjados dentro de las reglas propias de la subjetividad moderna. La Ilustración, al insistir en la constitución del sujeto, con capacidad de “pensar por sí mismo” buscó consolidar la mayoría de edad en un ser profundamente marcado por el racionalismo, como puede considerarse desde la perspectiva kantiana. Sin embargo, esa versión distaría del conservadurismo político inglés, en el que se rechaza una reflexión metafísica, abstracta y optimista sobre un estado ideal del hombre; más bien, en éste se propone

---

<sup>4</sup> Se hace referencia a la Declaración de derechos de Virginia de 12 de junio de 1776, la Declaración de independencia de Estados Unidos de 4 de julio de 1776 y la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.

valorar la sabiduría acumulada en las diversas tradiciones en mayor consonancia con los principios cristianos<sup>5</sup>.

La filosofía racionalista, a partir del giro hacia el sujeto, propició un cambio definitivo en el desarrollo de la *humanitas* y significó un punto de quiebre frente a la metafísica teísta. Se presenta, de esta forma, la base ideológica de los derechos humanos, dándose cierta continuidad con el abstraccionismo de la filosofía platónica. Los derechos reciben la designación de humanos por corresponder a la naturaleza común de unos seres, abstraídos de las situaciones contingentes. Se considera una esencia común a todos los hombres, que a su vez se constituye en diferencia específica frente a otros seres vivientes. Según Douzinas:

El hombre universal de las declaraciones es un hombre sin trabas, humano en su totalidad. Su alma se une con las demás en Cristo y su minimalismo ontológico lo vincula a la humanidad filosóficamente. Todos los hombres son iguales como existencia en tanto especie, porque comparten igualmente alma y razón, la *differentia specifica* entre los humanos y los demás.<sup>6</sup>

MacIntyre denuncia el fracaso de ese proyecto ilustrado sobre los derechos humanos, por definir verdades axiomáticas desde unas creencias que se vinculaban a un esquema sin coherencia. Lo que se advierte es una reflexión fantasmagórica que no conduce a ninguna parte. Según el autor en mención, “(...) no existen tales derechos y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios”<sup>7</sup>.

### 3. Siglo XIX y primera parte del siglo XX

A partir del siglo XIX, los derechos humanos no se conciben en atención a una idea sobre la naturaleza que deba ser descubierta. Se configura un discurso convencional que se temporaliza y relativiza, en el que, como lo explica Costas Douzinas, “los derechos naturales pasaron de ser eternos a ser meras configuraciones históricas y geográficas locales”; es decir, que “de lo absoluto descendieron a lo

---

<sup>5</sup> Burke, Edmund. *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

<sup>6</sup> Douzinas, Costas. *El fin de los derechos humanos*. Bogotá: Universidad de Antioquia/Legis, 2008. pp. 225-226.

<sup>7</sup> MacIntyre, Alasdair. *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica, 2001, pp. 95-96.

contextualmente determinado, de lo inalienable a lo relativo y contingente de lo jurídico y cultural”<sup>8</sup>.

En medio de la sociedad decimonónica va consolidándose el triunfo del positivismo jurídico. La consagración positiva de los derechos naturales es su única posibilidad de existencia. A propósito, en los textos constitucionales de los Estados nacionales se listaron unos derechos que hicieron parte de su plataforma política, aunque desprovistos de garantías y mecanismos de efectividad, hasta que el modelo entró en crisis, luego de las guerras mundiales en el siglo XX y la trágica experiencia del holocausto.

El rechazo frente a lo sucedido en Auschwitz abrió paso al pesimismo entre muchos, sin albergar esperanza alguna frente a los diversos tipos de humanismos; pero igualmente posibilitó un espacio para propagar el mensaje de la dignidad humana en todo el orbe, en contra de las experiencias trágicas de horror como las que se dieron en los campos de concentración. Precisamente, a partir de 1945, se van definiendo las bases para consolidar un documento que concretaría esas pretensiones universalistas. Ese documento es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

#### **4. De 1948 a la fecha: etapa de la consolidación de los derechos positivos internacionales**

A partir de 1948, se inicia la configuración de catálogos internacionales y la proliferación de listados extensos de derechos positivos internacionales. Se advierten declaraciones, pactos y convenciones, a nivel global<sup>9</sup> y regional<sup>10</sup>, todos ellos

---

<sup>8</sup> Douzinas, Costas. *El fin de los...*, p. 136.

<sup>9</sup> En un escenario global, se destacan los siguientes documentos: los Pactos de Nueva York de 1966 (Internacional de Derechos Civiles y Políticos e Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptada de 1979, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la Unesco de 1997.

<sup>10</sup> En el ámbito regional, se destacan: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, la Declaración de El Cairo de 1990, la Declaración de Bangkok de de 1993, la Declaración de Túnez de 1993 y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 y el Tratado de Lisboa de 2007.

expresión del “evangelio” de la cultura contemporánea. Asimismo, a partir de la idea de la configuración de grupos generacionales, se da una extensión creciente en la identificación de los distintos derechos humanos, encontrando en el rasgo de la progresividad un elemento definitivo. Lo humano se configura en la historia, como se expresó en la clasificación concebida por Karel Vasak<sup>11</sup>.

La dirección histórica de los derechos humanos sobre la distinción generacional consideró, en principio, tres fases a partir de los valores de libertad, igualdad y solidaridad, eje básico del ideario revolucionario francés. Cada grupo se encuentra determinado por la progresividad. En primer lugar, privilegiando la libertad se destacan los derechos de primera generación, en los que se integran las libertades negativas, incluyendo los derechos civiles y de participación política<sup>12</sup>. En segundo lugar, se consideran, en atención al valor básico de la igualdad, los derechos de segunda generación, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales<sup>13</sup>. Por último, se destacan los derechos de tercera generación, en atención a la solidaridad, en los que se incorporan los derechos de los pueblos y de sectores diferenciados<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Karel Vasak profesor y miembro del Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo, consideró que los derechos podían clasificarse en distintas generaciones, teniendo en cuenta las proclamas centrales de la revolución francesa sobre libertad, igualdad, fraternidad (VASAK, Karel. “Pour une troisième génération des droits de l’homme”. En: *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’Honneur de Jean Pictet*”. La Haya: Mouton, 1984).

<sup>12</sup> Se destacan los siguientes derechos: a la vida, a la integridad personal, a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o tráfico de seres humanos, a no ser torturado ni sometido a trato cruel, a la libertad de cultos, a la libertad de conciencia, a la libertad de pensamiento, a la libre circulación y libertad domicilio, al debido proceso, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la propiedad, derecho de reunión y asociación, derecho al sufragio, etc.).

<sup>13</sup> Entre otros, en este grupo generacional se identifican estos derechos: derechos al trabajo, al salario digno, a la asociación sindical, a la seguridad social, a la salud, al descanso, a la educación y a la cultura, arte y ciencia.

<sup>14</sup> Se identifican en este nivel generacional derechos como los siguientes: el derecho a la libre determinación de los pueblos, a la libre disposición de las riquezas, derechos de las minorías étnicas a la lengua, cultura y religión, derechos de las generaciones futuras, derecho al desarrollo, a la paz, a un medio ambiente sano, a la propiedad sobre el patrimonio cultural, a la protección de los datos personales almacenados, etc.

## 5. El Presente

Los derechos humanos han sido comprendidos como exigencias en nombre de una moralidad universal que define la condición de un ser personal que se proclama como digno, libre e igual. Antonio-Enrique Pérez Luño bien lo expone, al definir los derechos humanos como:

(...) un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional<sup>15</sup>.

Una encrucijada de aproximaciones se advierte a la hora de dilucidar qué significa cada una de esas palabras que integran el concepto complejo, así como cuando se busca su distinción frente a conceptos como el de derechos fundamentales. Comprender el contenido y la extensión del discurso no es una tarea sencilla; las formas históricas en que se ha concretado, en sentir de Modesto Gómez Alonso, se han “especializado en maquillar una justificación religiosa con términos racionales” y han conducido a “una hipertrofia de la moral con un vocabulario pseudonaturalista o con la adhesión ferviente a la distinción moderna entre ética y política, bondad y corrección, virtud privada y ciudadanía pública”<sup>16</sup>.

Posturas historicistas y convencionalistas han pretendido realizar un punto de quiebre frente al cognoscitivismo ético presente en la base ideológica de los derechos. Desde estas alternativas se definen los derechos humanos como exigencias atribuidas a unos seres que se reconocen como históricos. Así, de una, esos derechos se consideran como facultades variables y relativas, de origen social, condicionadas por la evolución que se da en las sociedades, según las necesidades que se van imponiendo; y de otra, se entienden como exigencias derivadas de un consenso que se fija por la conveniencia y la utilidad humanas. Derechos como los sexuales y

---

<sup>15</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique. “Sobre los valores fundadores de los derechos humanos. Un problema de Moral y Derecho”. En Javier Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate, 1989, pp. 279-280.

<sup>16</sup> Gómez Alonso, Modesto Manuel. “Los derechos humanos: justificación filosófica y política”. *Ratio Juris*, Unaula, 2005-2006, 3, p. 96.

reproductivos son ejemplos de esa variable de listados en alza, como producto de las direcciones historicistas y convencionalistas. Se advierte una rebeldía frente a la posición tradicional del cristianismo. Éste es acusado de potenciar una ética dirigida al sacrificio del placer y afianzada a través del concepto de pecado.

Según Norberto Bobbio la declaración de 1948 simboliza “la conciencia histórica” sobre unos valores fundamentales. “Es una síntesis del pasado y una inspiración para el futuro; pero sus tablas no han sido de una vez para siempre esculpidas”<sup>17</sup>. El filósofo piemontés piensa que los derechos humanos son derechos históricos, en transformación y expansión en las diversas fases de su desarrollo.

Según Bobbio, ese proceso de incorporación continuará, estimando que la multiplicación de los derechos se ha dado en tres maneras: a) porque ha aumentado la cantidad de bienes dignos de ser tutelados (en la libertad, en lo social y en lo político); b) porque se ha extendido la titularidad de algunos derechos a sujetos distintos al hombre o al individuo, como son la familia, las minorías étnicas o religiosas, las futuras generaciones, los animales y la naturaleza; y, c) porque el hombre no es considerado como un ente genérico o en abstracto, sino que es visto en la especificidad o en la particularidad de sus diversas maneras de ser en la sociedad<sup>18</sup>.

## **6. Dificultades presentes para una aproximación conceptual a los derechos humanos**

La plataforma metafísica del discurso tradicional de los derechos humanos ha sido debilitada por lo siguiente: primero, por la proliferación de derechos, dado el criterio de progresividad promovido desde un argumento historicista; y de otro lado, por la positivación, nacional e internacional, impulsada a partir de consensos que listan necesidades que se estiman como valiosas en atención a los propios deseos humanos.

En ese laberinto, igualmente, debe tenerse presente que lo que está en juego es la adopción de una determinada comprensión antropológica. Según Rorty, la

---

<sup>17</sup> Bobbio, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi Tascabili, 1997, p. 28-29.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

cultura de los derechos humanos es un nuevo hecho sobre un mundo que no necesita de fundamentos en el saber moral o en el conocimiento de la naturaleza humana. Optar por una política sobre los sentimientos es lo que debe primar<sup>19</sup>. Lo que importan son los hechos históricos, contingentes y culturales. Según el profesor norteamericano, se requiere que a los hombres “se los haga más felices” y “no que se los redima”. Los sentimientos, en dicha esfera, son un medio efectivo para lograr la igualdad de los seres humanos, y sin que tenga que darse una pulsión hacia lo trascendente. Se busca un cambio en el proceso educativo; así la cultura de los derechos humanos podría ser más planetaria, gracias al propósito de la manipulación de sentimientos consistente en “(...) ensanchar la referencia de los términos «nuestra clase de gente» y «gente como nosotros»”<sup>20</sup>.

No obstante ese diagnóstico, es menester indicar que el uso inapropiado del concepto de derecho humano se ha vinculado con el proceso progresivo de listar necesidades sin discriminación, derivadas de los distintos deseos humanos. Según Rodríguez-Toubes: “Parece más bien un cajón de sastre en que cada autor incluye los que le parecen mejores candidatos”<sup>21</sup>. Esta circunstancia conduce a la conformación de un discurso insano.

El resultado de esta crisis consiste en la producción de catálogos que evidencian ambigüedad y devaluación del concepto. Esto ha sucedido con la indebida extensión que se ha realizado a la hora de catalogar derechos a través de los distintos grupos generacionales, especialmente a partir del tercer nivel, como cuando se consideran los derechos de los animales o los derechos de las nuevas generaciones. En este sentido, se replantea el núcleo antropológico de los derechos; se piensa más bien en la “casa” en la que habitan distintos tipos de seres.

Resulta importante, asimismo, destacar la tensión entre el relativismo cultural y el universalismo moral de los derechos humanos. En los últimos años, se

---

<sup>19</sup> Rorty, Richard. “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”. En S. Lukes et al. *De los derechos humanos*. Madrid: Trotta, 1993, p. 126-127.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>21</sup> Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín. *La razón de los derechos, perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1985, p. 30.

constata un fuerte embate del argumento multiculturalista, insistiéndose en derechos en favor de los grupos y en el respeto de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas. A propósito, se ha acusado a Occidente de “promocionar un vehículo de <<imperialismo cultural>> fruto de la mentalidad etnocentrista o eurocentrista”<sup>22</sup>. La crisis se radicaliza cuando se busca hibridar ambas perspectivas; se advierte un problema que debe ser tratado más bien desde el diálogo intercultural. En este sentido la profesora María José Fariñas destaca que “(l)a interculturalidad afronta la relación entre las culturas sobre una base de igualdad y no de superioridad jerárquica”<sup>23</sup>. Por esto, debe rescatarse lo individual frente a los modelos colectivos culturales fundamentalistas.

La devaluación del sentido de la idea de derechos humanos impone que se haga un alto en el camino. El abuso generacional y la hibridación del discurso, al acoger fuentes extrañas a la tradición liberal, han hipertrofiado una noción, que “(...) siembra una confusión que puede llegar a ser mayor que los beneficios que se obtienen de él”, como lo expresa Caridad Velarde y que quizá “haya cumplido su misión y sea la hora de sustituirlo por algo nuevo, sin que pueda aceptarse su limitación “a una noción constitucional (...)”<sup>24</sup>.

## 7. El futuro

La delimitación del contenido de los derechos seguirá generando polémicas, en medio de las fuertes críticas, como las provenientes de la postmodernidad y las filosofías de la sospecha. Lo que está en juego es la actualidad de unas categorías que han forjado la identidad del discurso. Siguiendo a Deleuze, es manifiesta la crisis de una idea frente a la que no vale la pena continuar considerándola, pudiendo ser desplazada por la denominada “jurisprudencia”. En palabras del pensador francés:

¡Es la pura abstracción! ¿Qué son los derechos humanos? ¡Son una pura abstracción, el vacío! (...)

---

<sup>22</sup> Höffe, Otfried. *Derecho intercultural*, p. 74-84.

<sup>23</sup> Fariñas Dulce, María José. *Democracia y Pluralismo: Una mirada hacia la emancipación*. Madrid: Dykinson, 2014, p. 45.

<sup>24</sup> Velarde, Caridad. *Universalismo de derechos humanos; análisis a la luz del debate anglosajón*. Madrid: Civitas, 2003, p. 124.

¡Es un discurso para intelectuales! Y para intelectuales odiosos, para intelectuales que no tienen ideas (...)

Todas las atrocidades que sufre el ser humano son casos (...) No son desaires a derechos abstractos, son casos abominables (...) se trata de situaciones de jurisprudencia (...)

Actuar por la libertad, devenir revolucionario, ¡es también operar Actuar por la libertad, devenir revolucionario, ¡es también operar en la jurisprudencia! Cuando uno se dirige a la Justicia... ¡La Justicia no existe, los derechos humanos no existen! Lo que cuenta es la jurisprudencia: esa es la invención del Derecho. De ahí que los que se contentan con recordar los derechos humanos y recitar los derechos humanos, en fin, ¡no son más que unos imbéciles! ¡Se trata de crear, no se trata de hacer que se apliquen los derechos humanos! Se trata de inventar las jurisprudencias en las que, para cada uno de los casos, esto no será posible (...)

(...) En fin, todo eso es jurisprudencia. No se trata del derecho de esto o aquello, se trata de situaciones, y de situaciones que evolucionan, y luchar por la libertad es realmente hacer jurisprudencia. Y a este respecto, el ejemplo de Armenia me parece típico: los derechos humanos, tú invocas los derechos humanos: ¿qué quiere decir eso? Quiere decir: los turcos no tienen el derecho de masacrar a los armenios. De acuerdo, ¿y después? ¡Y después, hemos avanzado mucho así! ¡Verdaderamente es propio de majaderos! O más bien creo que verdaderamente todos esos pensamientos de los derechos humanos son tan hipócritas: desde el punto de vista filosófico no valen nada; mientras que la creación del derecho no son las declaraciones de derechos humanos. En el derecho, la creación es la jurisprudencia: no existe otra cosa. Así que se trata de luchar por la jurisprudencia, vaya<sup>25</sup>.

En clave nietzscheana, un discurso como el de los derechos humanos expresaría una moralidad en la que Roma termina por inclinarse ante Judea, forjadora de una típica “moral del resentimiento”. Siguiendo el pensamiento de Nietzsche, podría colegirse que ese discurso expresa cómo “Judea logró una vez más la victoria

---

<sup>25</sup> Deleuze, Gilles. “El abecedario” [en línea]. (Entrevista con Claire Parnet, 1988). <<http://www.youtube.com/watch?v=VE1yWpqVq5U>>. [6 agosto 2016]

sobre el ideal clásico” y cómo “se derrumbó bajo los instintos populares del resentimiento”<sup>26</sup>.

Los derechos humanos, desde la perspectiva de la filosofía de la sospecha que se viene considerando, son creaciones dirigidas a exaltar al débil. Se revela un profundo escepticismo antropológico. El criterio de progresividad presente al interior del discurso, y que pareciera conducirlo hacia un punto de expansión indefinida, afianzaría la ampliación del grupo de los frágiles; no potenciaría la moral del señorío.

Como contrapartida, frente a la anterior posición, puede considerarse una apuesta por la esperanza. Los derechos humanos expresan exigencias que, como lo piensa Douzinas, sitúan al hombre en el ámbito de la esperanza, de la perspectiva del “*todavía no*”.

La tradición de los derechos humanos, desde la invención clásica de la naturaleza en contra de la convención hasta las luchas contemporáneas de liberación política y de dignidad humana en contra del derecho del Estado, siempre ha expresado la perspectiva del futuro, o mejor, del “*todavía no*”. Los derechos humanos se han convertido en el grito de los oprimidos, los explotados, los desposeídos, y se han convertido en una especie de ley imaginaria o excepcional para aquellos que no tienen nada más de donde asirse (...) Los derechos humanos como principio de esperanza funcionan en la brecha entre la naturaleza ideal y el derecho, o entre las personas reales y las abstracciones universales<sup>27</sup>.

Las necesidades humanas, validadas históricamente, parecen ser una posibilidad más para desarrollar contemporáneamente el discurso de los derechos humanos, en medio de un diálogo intercultural que propicie la reciprocidad. Lo anterior, pese al diagnóstico melancólico y escéptico presentado desde ciertas direcciones críticas que han formulado un sinnúmero de sentencias lapidarias. En este contexto, Charlot, una de las figuras consideradas por Arendt para comprender al paria, se erige en un icono importante para reivindicar ese discurso. Chaplin proyecta la necesidad de apostar por la esperanza. En estas condiciones, se trata de continuar

---

<sup>26</sup> Nietzsche, Friedrich. *Genealogía de la moral* (trad. J. L. López y López). Madrid: Tecnos, 2003, pp. 92-93.

<sup>27</sup> Douzinas, Costas, *El fin de...*, p. 177.

con la búsqueda de un sueño por un mundo mejor, en el que se corrijan las dramáticas condiciones de los vulnerables, aun en contra del sentir de las mayorías, gracias al “encanto fascinante de la gente pequeña.”<sup>28</sup>

### Referencias Bibliográficas

- Agudelo Ramírez, Martín. *El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos; bases ontológicas*. Bogotá: Temis, 2011.
- *Cine y derechos humanos: una aventura fílmica*. Medellín: Unaula, 2015.
- Bobbio, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi Tascabili, 1997.
- Burke, Edmund. *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.
- Diemer, A. et al. *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Barcelona: UNESCO/Serval, 1985.
- Deleuze, Gilles. “El abecedario” [en línea]. (Entrevista con Claire Parnet, 1988). <<http://www.youtube.com/watch?v=VE1yWpqVq5U>>. [6 agosto 2016].
- Douzinas, Costas. *El fin de los derechos humanos*. Bogotá: Universidad de Antioquia/Legis, 2008.
- Fariñas Dulce, María José. *Democracia y Pluralismo: Una mirada hacia la emancipación*. Madrid: Dykinson, 2014.
- Gómez Alonso, Modesto Manuel. “Los derechos humanos: justificación filosófica y política”. *Ratio Iuris*, 2005, 3.
- Höffe, Otfried. *Derecho intercultural*. Barcelona: Gedisa, 2008.
- Jonas, Hans. *El principio de responsabilidad; ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995.
- Macintyre, Alasdair. *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica, 2001.
- *Historia de la ética*. Barcelona: Paidós, 2006.
- Nietzsche, Friedrich. *Genealogía de la moral*. Madrid: Tecnos, 2003.

---

<sup>28</sup> Esta idea se toma directamente de Hannah Arendt en "The Jew as Pariah: A Hidden Tradition" (1944).

- Pérez Luño, Antonio Enrique. “Sobre los valores fundadores de los derechos humanos. Un problema de Moral y Derecho”. En Javier Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate, 1989.
- Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín. *La razón de los derechos, perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1985.
- Rorty, Richard. “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”. En S. Lukes et al. *De los derechos humanos*. Madrid: Trotta, 1993.
- Sófocles. *Antígona*. Gredos: Barcelona, 1995.
- Vasak, Karel. “Pour une troisième génération des droits de l’homme”. *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’Honneur de Jean Pictet*. La Haya: Mouton, 1984.
- Velarde, Caridad. *Universalismo de derechos humanos; análisis a la luz del debate anglosajón*. Madrid: Civitas, 2003.

# VOLVER AL INICIO. LA I REPÚBLICA EN SALAMANCA REVISITADA

## BACK TO THE BEGINNING. THE FIRST REPUBLIC IN SALAMANCA REVISITED

L. Santiago Díez Cano  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** El artículo plantea una propuesta para analizar la Primera República en un entorno concreto, la Salamanca de 1873, incorporando las reflexiones últimas sobre el retorno del republicanismo, la falta de análisis sobre el periodo o la posibilidad de integrar el enfoque de derechos humanos.

**Palabras clave:** Primera República, Salamanca, Republicanismo.

**Abstract:** This article is an analysis of First Republic in a specific context, Salamanca in 1873, including the last reflections about the return of republicanism, de lack of analysis of the time or the possibility of integrating the Human Rights approach.

**Key-words:** First Republic, Salamanca, Republicanism.

En este volumen homenaje a la profesora Esther Martínez Quinteiro, este pequeño trabajo quiere ser una forma de cerrar un círculo. Mi primer trabajo investigador, hecho bajo su tutela, tenía como tema el cantón salmantino<sup>1</sup>. Quisiera volver a ese periodo, para abordarlo desde otra perspectiva, que tiene que ver con todo lo (poco) que he aprendido en el doctorado por ella dirigido y, sobre todo, a su lado en todos estos años.

Ese planteamiento guiaba una de mis últimas aportaciones<sup>2</sup>, que quiero retomar ahora, aplicando alguna de las reflexiones allí contenidas a un caso concreto, el que me permitió iniciar mis tareas investigadoras.

El propósito sería el de mirar el periodo republicano en Salamanca bajo ese prisma del retorno del republicanismo, para, a partir de un caso concreto, testar la

---

<sup>1</sup> Díez Cano, L.S.: *El cantón salmantino*. Memoria de licenciatura inédita. Facultad de Geografía e Historia, Universidad de Salamanca, 1983. El hecho de cerrar un círculo ha de entenderse en términos estrictamente investigadores y académicos referidos a esta cuestión, en los que he tenido la suerte de contar primero con su magisterio (extendido luego a innumerables alumnos y doctorandos, como testimonia este volumen) y luego con su tutela y apoyo constantes, en circunstancias a menudo no sencillas en este pequeño y a veces agobiante mundo universitario. No así en otros términos, pues, aparte de que vamos a continuar colaborando en éste y otros ámbitos, hay algo más importante para mí que trasciende afortunadamente, este mundillo (por limitado) de trabajo, artículos o (lo que es peor) sexenios y evaluaciones, y es que desde hace ya muchos años, tengo el inmenso privilegio de contarme entre sus amigos.

<sup>2</sup> Díez Cano, L.S.: “Republicanismo, derechos humanos e historia de España: una nueva mirada”. En Pando Ballesteros, M.P., Muñoz Ramírez, A., Garrido Rodríguez, P. (coords.): *Pasado y presente de los Derechos Humanos: mirando al futuro*. Madrid, Libros de la Catarata, 2016, pp. 117-124

posible utilidad que pueda tener dicho enfoque para entender mucho mejor dicho caso. Al mismo tiempo, creemos que el trabajo puede insertarse dentro de la corriente historiográfica que apuesta por la recuperación de la importancia del republicanismo, en especial por lo que puede suponer de nuevo interés por periodos tan poco tratados como la Iª República

Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que el tema del Republicanismo está de moda, pero ¿sucede lo mismo también con la primera República? Es verdad que el auge de este movimiento socio-político, constatado en distintos frentes<sup>3</sup>, no ha dejado de tener su correlato en la historiografía, pero entiendo que aún queda mucho camino por recorrer. Es posible que ya no estemos ante ese no tratamiento<sup>4</sup> que reseñábamos hace algunos años, pero creo que sólo estamos andando las primeras etapas de una revisión en profundidad del periodo, o, mejor dicho, de una puesta a punto radicalmente nueva.

El mejor ejemplo que se me ocurre para fundamentar esa impresión es que seguimos sin contar con monografías solventes del periodo, lo que ha hecho necesario reeditar (con notable acierto, todo hay que decirlo), monografías clásicas, como, verbigracia, la de Hennessy<sup>5</sup>.

Entre otras cosas, eso ocurre porque, como ya señalábamos hace tiempo<sup>6</sup>, falta materia prima sobre la que asentar dicha revisión: faltan aún numerosos estudios locales sobre las distintas y diversas realidades republicanas, algo fundamental para tener una opinión cabal de todo el proceso. Es necesario un cierto cantonalismo investigador, que sólo avanza a pequeños pasos, singularmente en determinados ámbitos, como es el que nos ocupa.

En efecto, los avances investigadores siguen articulados en torno a un determinado eje, periférico, si se me permite, en gran medida, como si la República tuviera sólo que ver con los espacios clásicos en los que se fijó su atención en los años 70 del pasado siglo. La España interior parece alejada del interés de los investigadores,

---

<sup>3</sup> En el art. citado en la nota anterior, reseñábamos los trabajos más recientes sobre esta cuestión, a los que podemos añadir, por ejemplo, el número monográfico de la revista *Espacio Tiempo y Forma, Serie V, Historia Contemporánea*, nº 28, coordinado por E. Higuera Castañeda y dedicado a “El republicanismo histórico español”

<sup>4</sup> Díez Cano, L.S. “¿Existió alguna vez la Iª República?: notas para recuperar un periodo historiográfico”. En Serrano, R. (Dir.). *España, 1868-1874. Nuevos enfoques sobre el Sexenio Democrático*. Valladolid, Junta de Castilla y León, 2002, pp. 75-91

<sup>5</sup> Hennessy, C.A.M.: *La República Federal en España: Pi y Margall y el movimiento republicano federal, 1868-1874*, presentación de Juan Sisinio Pérez Garzón. Madrid, Libros de la Catarata, 2010.

<sup>6</sup> Díez Cano, L.S.: “¿Existió...”, *Op. Cit.*

dando por sentado que esa España interior era el reducto de espacios conservadores, sin evolución, sometidos al lento devenir de un tiempo inmóvil.

Hemos criticado esa visión sesgada, que no ayuda a entender la evolución de estos espacios<sup>7</sup>.

En ese sentido, el caso salmantino no dejaría de ofrecer elementos para el análisis<sup>8</sup>. Como señalamos en su momento, si el ámbito salmantino hubiera sido tan inmutable, difícilmente podríamos haber entendido lo que ocurre en los años 30 del siglo XX. Y para dar cumplida cuenta de esa evolución aún no estudiada del todo, deberíamos remontarnos hasta la etapa del sexenio y, singularmente, al momento republicano. Dicho momento no fue un fugaz destello en una monótona sucesión de tiempos inmóviles, como demuestra el hecho de la presencia, minoritaria, pero activa, de todo un recuerdo republicano asentado en los aparentemente inertes tiempos de la Restauración. Hay una línea de continuidad entre 1873 y los años 30, como no podía ser de otra manera. Que el republicanismo salmantino no tuviera el empuje de otros lugares, no anula su existencia.

Obviamente, se acomodaba a las circunstancias de su entorno, tal y como había ocurrido en los tiempos del sexenio y aún antes. Hoy sabemos algo más de la evolución de la provincia y la ciudad salmantina, marcada por una transformación muy limitada, enormemente dependiente de la evolución del sector primario, con apenas industria y un reducido proceso de urbanización, acotado a la capital y poco más.

Precisamente la evolución de la ciudad, Salamanca, ofrece rasgos de muy limitado crecimiento, pues a la dependencia del agro salmantino, la limitada presencia de algunas pequeñas industrias y un sector artesanal aún relevante, se unía la decadencia de su otrora pujante Universidad, reducida a su mínima expresión. Era, como ya advirtiera uno de los destacados republicanos y dirigente cantonal, Santiago Riesco, una ciudad

---

<sup>7</sup> Díez Cano, L.S.: “¿Ciudad levítica o ciudad diferente? En torno a la historia urbana de la historia interior”. *Historia Social*, nº 26, 1996, pp. 63-77

<sup>8</sup> Para buena parte de lo que sigue, junto a lo ya citado, sería interesante tener presente los trabajos contenidos en los vols. IV, sobre todo, y V de la *Historia de Salamanca*, dirigida por José Luis Martín y coordinados en ambos casos, por Ricardo Robledo, publicados por el Centro de Estudios Salmantinos en 1997 y 2001. El tomo IV, dedicado al siglo XIX, contiene las apreciaciones más relacionadas con el periodo, de forma especial en los capítulos dedicados a la transformación del campo (realizado por Ricardo Robledo y Javier Infante Miguel Motta) y, para la etapa isabelina y el sexenio, en las muy interesantes páginas elaboradas por Rafael Serrano. En el tomo V, véase nuestro (de Pedro Carasa y mío) capítulo dedicado a la Restauración, en el que abordamos estos procesos de cambio necesarios para entender el periodo y lo sucedido posteriormente en los años 30. Carasa Soto, P., Díez Cano, L.S. “Caciques, dinero y favores: Salamanca en la Restauración”, pp. 87-158.

levítica, orientada hacia la prestación de servicios, que agrupaba a un notable conjunto de profesionales liberales, algo ciertamente de importancia para nuestro análisis.

En ese contexto, no es extraño que las bases de las que podía nutrirse el republicanismo salmantino tuvieran un claro sentido, si se me permite la simplificación, interclasista. En otros lugares, se ha subrayado la impronta popular y en muchos casos, específicamente obrera que nutría el partido republicano. En el caso de poblaciones como la salmantina, la diversidad parece ser un elemento clave, como no podía ser de otra manera. El pueblo, esa amalgama tan característica del XIX español, se hacía presente en el republicanismo salmantino, por oposición a los grupos privilegiados que habían sostenido y sostendrán luego la monarquía. Convivían allí desde un aristócrata republicano (el marqués de Villa Alcázar) a artesanos, abogados, agrimensores, profesores, comerciantes e industriales, miembros de profesiones liberales, etc.

Esta composición diversa y variada va a influir notablemente en la conformación ideológica de los republicanos salmantinos, agrupados bajo un ideario más caracterizado por su oposición a los vicios y defectos de la monarquía que por su adhesión a principios definidos y firmemente establecidos. Dos notas, relacionadas entre sí, aparecen sin embargo como características de dicho ideario: la opción por el federalismo y la apuesta por la autonomía provincial como correlato lógico del mismo. La primera no se hizo sin problemas, pues durante un tiempo importante, la figura más relevante del federalismo salmantino, diputado en Madrid desde las constituyentes de 1869, fue Julián Sánchez Ruano, un destacado defensor de la República Unitaria<sup>9</sup>. Su muerte en 1871 simplificó el problema, aunque ya antes la figura de Ruano había sido desautorizada por el núcleo dirigente del partido republicano salmantino, que había optado decididamente por el federalismo. Y, dentro de éste, habrá también una apuesta por el federalismo más radical, como demuestra la elección de representantes en el periodo estrictamente republicano y, sobre todo, la proclamación del cantón salmantino en el verano de 1873.

Precisamente este asunto concreto es el que vertebró nuestros primeros afanes investigadores, hace ya muchos años. Ya entonces advertíamos del poco interés que suscitaban propuestas tan radicales como era la proclamación del cantón en un ámbito

---

<sup>9</sup> Moreiro Prieto, J. *Julián Sánchez Ruano: un personaje, una época (1840-1871)*. Salamanca, Centro de Estudios Salmantinos, 1987.

tan aparentemente alejado de lo que eran los escenarios principales del cantonalismo: Andalucía y el arco mediterráneo. Ello había contribuido a minusvalorar o directamente a ignorar estas movilizaciones, consideradas tangenciales o extrañas al corpus fundamental del cantonalismo. Dicho de otra forma: como no parecía haber mucho encaje en el cantón salmantino, mejor ignorarlo.

Nuestro propósito, modesto en aquel momento y siempre bajo la dirección de la profesora Martínez Quinteiro, fue buscar la manera de encajar este, al parecer, atípico caso, dentro del convulso escenario de esos meses. Lo hicimos atendiendo a la tipología que nuestra directora nos había formulado: parecía haber distintos tipos de cantones, más sociales y relacionados con el obrerismo, unos, más políticos otros, y algunos hasta preventivos. Eso servía para dotar de explicación al fenómeno cantonal, pero sobre todo venía a poner en valor una movilización singular que por ejemplo, situaba nuestro atípico caso como uno de los más longevos de todos, sólo detrás del excepcional caso de Cartagena, pero a la altura de otros que habían suscitado tanto interés como el de Málaga o Sevilla. Pese a ello, no tuvo mayor trascendencia, pues –entiendo– que seguía pareciendo más un caso excepcional, extraño, que algo digno de ser analizado<sup>10</sup>.

Es posible que operara sobre él de forma más intensa que en otros casos, el prejuicio interpretativo que desentrañó de forma magistral José María Jover Zamora en alguno de sus trabajos, especialmente en su imprescindible *Realidad y mito de la Primera República*<sup>11</sup>.

Nos hemos referido a esta cuestión en un trabajo de hace unos años y creo que sus reflexiones se ajustan de forma precisa al caso salmantino, pues en él podemos apreciar cómo o bien se ha tratado de forma despectiva o, directamente, se ha ignorado. Es como una vuelta de tuerca más al tratamiento despreciativo que ha sufrido el periodo de nuestra primera experiencia republicana

El olvido se comprueba en el escasísimo recuerdo de la etapa republicana y más, en concreto, del episodio del cantón, en la tradicional crónica contemporánea

---

<sup>10</sup> Para una actualización de la historiografía sobre el cantonalismo, sigue siendo indispensable el artículo de Espigado Tocino, Gloria. “La historiografía del cantonalismo: pautas metodológicas para un estudio comparado”. En Serrano, R. *España, 1868-1874, cit.*, pp. 11-137. Gloria Espigado es también autora de una de las obras capitales para entender la etapa de la Iª República, su análisis del caso gaditano, *La Primera República en Cádiz. Estructura social y comportamiento político durante 1873*. Sevilla – Jerez, Caja de Ahorros de San Fernando 1993, obra que tiene su origen, precisamente, en una tesis de licenciatura hecha bajo la tutela de María Esther Martínez Quinteiro.

<sup>11</sup> Jover Zamora, J. M<sup>º</sup>. *Realidad y mito de la Primera República: del “Gran Miedo” meridional a la utopía de Galdós*. Madrid, Espasa Calpe, 1991.

salmantina. Apenas unas líneas o brevísimas menciones en las obras clásicas que todos hemos utilizado alguna vez, de Villar y Macías a Esperabé. Pero más interesante resulta lo primero, bien visible a través de los dos únicos autores que se acercaron al proceso, Luis Maldonado y Francisco Fernández Villegas. Empecemos por este último, quien dedicó un capítulo de un trabajo sobre aspectos de la historia salmantina al poco conocido caso del cantón<sup>12</sup>. Lo interesante es la relación que establece, en primer lugar con una etapa, la del sexenio, singularmente convulsa por lo que el autor considera una excesiva influencia de la política, que era para él

una epidemia más contagiosa que el cólera o la fiebre amarilla. ¡Desgraciada la nación sobre la cual descarga el cielo tan tremendo azote! Entonces, todas las energías y actividades de los pueblos son absorbidas por esa planta venenosa, por ese árbol, como el manzanillo, cuya sombra mata. (...) En los días que siguieron a la revolución de Septiembre, la epidemia de la que acabo de hablar se enseñoreó de España, difundiéndose con rapidez pasmosa por todas partes.<sup>13</sup>

Eso es lo que había sucedido también en Salamanca, culminando luego con la llegada de la República, que dio lugar a un periodo de mayor efervescencia, culminado con proclamación del cantón, episodio que merece para el autor, calificativos no ya peyorativos, sino directamente sarcásticos:

¡Aquel suceso, en vez de tragedia revolucionaria, resultó, por fortuna, cómico y regocijado sainete!,<sup>14</sup>

Es decir, obra chusca que finalizaría rápidamente (“la cantonada se deshizo como el humo”) y que pasó pronto al olvido.

Un poco menos hiriente, pero también minusvalorando el acontecimiento, se mostraba Luis Maldonado al recordar los sucesos, vividos cuando él era niño<sup>15</sup>. Precisamente esta visión asociada a los recuerdos contribuye a infantilizarlo, a dotarlo de un carácter de juego e intrascendencia que lo sitúa en esa esfera de depreciación que estamos comentando. De hecho, la evocación concluye con la opinión del autor, quien considera esa etapa como

---

<sup>12</sup> Fernández Villegas, F.: *Salamanca por dentro*. Salamanca, Esteban Hermanos, 1889.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 99-100.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>15</sup> El episodio se recoge en la recopilación de parte de sus artículos dedicados a temas salmantinos. V. Maldonado Ocampo, L.: “El cantón salmantino”, capítulo recogido en *Antología de las obras de D. Luis Maldonado. Volumen homenaje*. Salamanca, Imprenta Ferreira, 1928, pp. 77- 83.

...algo bello y pintoresco, incorporado a la vida tradicional salmantina, cuyo recuerdo quiero fijar en estas líneas antes de que se pierda, como tantos otros, en los lejanos horizontes de mi infancia<sup>16</sup>

Es decir, quienes se ocuparon en su momento de recordar el suceso, lo redujeron a la mínima expresión, como al fin y al cabo se hizo con todo el periodo republicano, una especie de anécdota en la historia salmantina, que al menos transcurrió sin ningún daño. Es como si se quisiera hacer de la experiencia republicana algo totalmente ajeno a la evolución seria y responsable la provincia y la ciudad salmantinas: en estas tierras, esos díslates no tenían futuro, eran algo, en el mejor de los casos, propio de niños irresponsables.

Lo curioso es que la fuerza que ha adquirido esa imagen: o bien nadie se acuerda de esa etapa (me refiero a toda la etapa republicana y singularmente al cantón) o, cuando se hace, se asocia al tópico de periodo caótico y anárquico, cuyo único efecto positivo fue que se acabó rápidamente: república y republicanos en Salamanca?, cantonalismo? Eso no tiene sentido en un espacio tan conservador y moderado.

De hecho, ni siquiera es posible encontrar huellas apreciables de quienes protagonizaron en primera persona esta etapa. Nos referimos, sobre todo, a algunos de los responsables destacados de la aventura cantonal, que eran, además, en algún caso, representantes en las Cortes (Pedro Martín Benitas y Santiago Riesco), a la par que dirigentes del partido desde tiempo atrás. Y menos aún ha trascendido lo que hicieron. De hecho, necesitamos aún reconstruir la historia del partido republicano federal durante todo el sexenio, rastrear sus antecedentes en la etapa isabelina, comprobar su evolución y acercarnos a la propia etapa de la Iª República, que culminaría en el desenlace de la proclamación del cantón.

No es tarea fácil, como no lo era cuando iniciamos nuestra tesis de licenciatura, pero tampoco en estos momentos. Lo comprobamos cuando pudimos esbozar las biografías de los parlamentarios salmantinos en este periodo<sup>17</sup>, entre ellos las de nuestros protagonistas o la de algún otro parlamentario relevante, como por ejemplo, el bejarano Aniano Gómez, sempiterno revolucionario antes y durante el sexenio, a la par

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 83. La lectura del texto no deja de ser entretenida, a modo de cuento infantil.

<sup>17</sup> V. Nuestra contribución al trabajo dirigido por Carasa Soto, Pedro. *Élites parlamentarias en Castilla la Vieja y León en las Cortes Generales (1810-1874)*. Valladolid, Universidad de Valladolid, 2014, concretada en el estudio "Los parlamentarios salmantinos: nacimiento, desarrollo y transformación de una élite política. De Cádiz a la Primera República" (pp. 245-268) y en la elaboración de biografías de todos los parlamentarios del periodo citado, contenidas en el DVD anejo a la publicación.

que diputado por la ciudad textil. Allí pudimos ver no sólo la trayectoria anterior, siempre vinculada a las propuestas democráticas y socialmente avanzadas, sino como esa coherencia se mantiene después (cuando otros abandonan el territorio democrático para pasarse a las filas de la Restauración), siendo más conocido por ejemplo Pedro Martín Benitas como abogado defensor de causas progresistas (la creación de la Caja Crespo Rascón, frente a los herederos del Conde del mismo nombre) que como dirigente cantonal. Igualmente tuvimos noticia de las propuestas que, en el escaso tiempo que pasaron por el Congreso, promovieron, como las relativa a promover la construcción de ferrocarriles o una visión más social de la venta de bienes de propios. En definitiva, todo parece avalar la configuración de un espacio político radical, del que aún desconocemos su real alcance.

Por ejemplo, habrá que analizar mejor uno de los escenarios donde ese espacio se configura, que es la prensa, tradicional medio de expresión (y creación) de propuestas ideológica. A menudo olvidamos que durante el sexenio, el punto de conflicto se articula en torno a dos grandes propuestas: la republicana y la reaccionaria, con menos espacio para los demás. Republicanos y ultracatólicos son los medios que dominan el mundo periodístico salmantino de esos años<sup>18</sup>: *El Derecho*, *La Alianza del Pueblo*, *Rocheport*, *El Federal Salmantino* y hasta el único número de un periódico más radical titulado *La Commune*<sup>19</sup>, por el lado republicano, frente a *¡España con Honra!*, *Los Macabeos* o *El Despertador*, adalides del periodismo ultrareaccionario. Reflejaban, al fin y al cabo, una división en dos grandes bloques que tenía también traducción electoral, aunque en este caso, habría que tener en cuenta también el dominio ejercido por propuestas más moderadas. El enfrentamiento con el carlismo o con una Iglesia bastante retrógrada es una de las señas de identidad del republicanismo salmantino, que aún no ha sido analizada para este periodo del sexenio.

---

<sup>18</sup> Puede seguirse la evolución de la prensa en estos años a través de obras como las de Samaniego Boneu, M. *Publicaciones periódicas salmantinas, 1793-1936*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984; Santander, T. *Publicaciones periódicas salmantinas existentes en la Biblioteca Universitaria (1793-1981)*. Salamanca, Biblioteca Universitaria, 1986; García García, J.M. *Prensa y vida cotidiana en Salamanca (Siglo XIX)*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1990. Una aproximación a las posiciones acerca de la historia nacional de El Federal Salmantino, puede verse en Mota Alvarez, D. "Prensa republicana e historia nacional: El Federal Salmantino (1872-1873)". En Cabrero Blanco, C., Bas Costales, Xuan F., Rodríguez Infiesta, V. Y Sánchez Collantes, S. (coords.). *La escarapela tricolor. El republicanismo en la España contemporánea*, Oviedo, Universidad de Oviedo – KRK ediciones, 2008, pp. 579-596.

<sup>19</sup> Sólo se tiene noticia del número publicado el 11 de junio de 1871, en el que se decía: "La Commune se echará a la calle cuando le parezca a su director, que es un republicano rojo"

Tampoco la propia organización del partido, que sería capital para entender la verdadera pujanza de su ideario. Es cierto que contamos con los datos electorales, pero sabemos de la dificultad de su análisis y también hemos de enfrentarnos a ciertos prejuicios que aún operan sobre los mismos. Por ejemplo, ha sido tradicional no tener en cuenta los resultados de las elecciones de julio 1873, que dieron como resultado unas Cortes mayoritariamente republicanas, por el retraimiento operado por casi todos sus adversarios. Pero estamos, así, obviando datos relevantes: en Salamanca, por ejemplo, la adhesión al mensaje republicano se movió en parámetros que parecen muy relevantes; algo parecido ocurre con las elecciones municipales, necesitadas aún de tratamiento propio. Otro aspecto a tener en cuenta y del cual apenas contamos, por el momento, con datos fragmentarios, es la extensión del ideario republicano federal por los pueblos de la provincia. Conocemos, sobre todo a partir de la proclamación de la República, el continuo goteo de formación de Comités en buena parte de los pueblos, pero aún no han sido analizados en profundidad.

Sería fundamental aproximarse también a la sociología del partido republicano, punto que abordamos de manera muy sumaria en nuestra tesis de licenciatura por la escasez de datos con la que entonces nos manejábamos. Ahora podemos contar con un aporte documental algo más amplio y, lo que es más importante, con la posibilidad de realizar una mínima aproximación prosopográfica. De esta forma, tendremos que constatar si, como avanzamos en su momento, nos encontramos ante un partido diverso e interclasista, o podemos observar el predominio de determinados grupos sociales, tal y como ocurre en otras partes de la península.

Por último, y en línea con los estudios más recientes, habrá que indagar mucho más en todo lo que tiene que ver no con la política o la sociología, sino con la elaboración o asimilación, en el entorno salmantino, de la importantísima cultura republicana que es eje axial del movimiento, como han mostrado Manuel Suárez Cortina, Román González, Félix Ovejero o Ángel Duarte<sup>20</sup>. Necesitamos conocer los espacios de sociabilidad, las fórmulas de difusión del ideario, las aproximaciones a sus mitos y construcciones. Porque más allá de un movimiento político y social, el republicanismo es también una manera de entender el mundo, muy ligada a lo que

---

<sup>20</sup> V. las referencias dadas en el artículo citado en nota 2 y en nota 3.

acertadamente denominaba Javier Echevarría tradición emancipatoria<sup>21</sup>, una cuestión que une nuestro tema de investigación con el amplio espacio investigador promovido por Esther Martínez Quinteiro y del que este volumen homenaje da cumplida noticia.

### Referências Bibliográficas

- Carasa Soto, Pedro. *Élites parlamentarias en Castilla la Vieja y León en las Cortes Generales (1810-1874)*. Valladolid, Universidad de Valladolid, 2014.
- Díez Cano, L.S.. *El cantón salmantino*. Memoria de licenciatura inédita. Facultad de Geografía e Historia, Universidad de Salamanca, 1983.
- “¿Ciudad levítica o ciudad diferente? En torno a la historia urbana de la historia interior”. *Historia Social*, nº 26, 1996, pp. 63-77.
- “¿Existió alguna vez la Iª República?: notas para recuperar un periodo historiográfico”. En Serrano, R. (dir.) *España, 1868-1874. Nuevos enfoques sobre el Sexenio Democrático*. Valladolid, Junta de Castilla y León, 2002, pp. 75-91.
- “Republicanism, derechos humanos e historia de España: una nueva mirada”. En Pando Ballesteros, M.P., Muñoz Ramírez, A., Garrido Rodríguez, P. (coords.): *Pasado y presente de los Derechos Humanos: mirando al futuro*, Madrid, Libros de la Catarata, 2016, pp. 117-124.
- Espigado Tocino, Gloria. *La Primera República en Cádiz. Estructura social y comportamiento político durante 1873*. Sevilla – Jerez: Caja de Ahorros de San Fernando, 1993.
- “La historiografía del cantonalismo: pautas metodológicas para un estudio comparado”. En Serrano, R. *España, 1868-1874, Nuevos enfoques sobre el Sexenio Democrático*. Valladolid, Junta de Castilla y León, 2002, pp. 111-137.
- Fernández Villegas, F. *Salamanca por dentro*. Salamanca, Esteban Hermanos, 1889.
- García García, J. M. *Prensa y vida cotidiana en Salamanca (Siglo XIX)*. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1990.
- Hennessy, C.A.M. *La República Federal en España: Pi y Margall y el movimiento republicano federal, 1868-1874*, presentación de Juan Sisinio Pérez Garzón. Madrid, Libros de la Catarata, 2010.

---

<sup>21</sup> Peña Echeverría, J.: “El republicanismo como tradición emancipatoria”, en Martínez López, F., Ruiz García, M. (eds.): *El republicanismo de ayer a hoy. Culturas políticas y retos de futuro*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2012, pp. 237-252

Jover Zamora, J. M<sup>a</sup>. *Realidad y mito de la Primera República: del “Gran Miedo” meridional a la utopía de Galdós*. Madrid, Espasa Calpe, 1991.

Moreiro Prieto, J. *Julián Sánchez Ruano: un personaje, una época (1840-1871)*. Salamanca, Centro de Estudios Salmantinos, 1987.

Mota Alvarez, D. “Prensa republicana e historia nacional: El Federal Salmantino (1872-1873)”. En Cabrero Blanco, C., Bas Costales, Xuan F., Rodríguez Infiesta, V. Y Sánchez Collantes, S. (coords.). *La escarapela tricolor. El republicanismo en la España contemporánea*. Oviedo, Universidad de Oviedo – KRK ediciones, 2008, pp. 579-596.

Samaniego Boneu, M. *Publicaciones periódicas salmantinas, 1793-1936*. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984.

Santander, T. *Publicaciones periódicas salmantinas existentes en la Biblioteca Universitaria (1793-1981)*. Salamanca, Biblioteca Universitaria, 1986.

V. Maldonado Ocampo, L. “El cantón salmantino”, capítulo recogido en *Antología de las obras de D. Luis Maldonado. Volumen homenaje*. Salamanca, Imprenta Ferreira, 1928, pp. 77- 83.



# LOS DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA DURANTE LA LEGISLATURA 2011-2015

## HUMAN RIGHTS IN SPAIN DURING THE 2011-2015 GOVERNMENT TERM

Guillermo Castán Lanaspá  
*Amnistía Internacional. Salamanca*

**Resumen:** Entre 2011 y 2015 los DDHH han sufrido retrocesos importantes denunciados por ONGs como Amnistía Internacional y por organismos internacionales. Retrocesos en Derechos económicos y sociales y libertades básicas que se suman a viejos problemas en el trato a inmigrantes sin papeles, víctimas de la guerra civil y del franquismo o la violencia machista.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, España, Amnistía Internacional.

**Abstract:** Human rights experienced in Spain significant setbacks between 2011 and 2015, as reported by NGOs like Amnesty International and by international organizations. The regression in economic and social rights and in basic freedoms aggravated long-standing problems such as the treatment given to undocumented immigrants as well as to victims of the Spanish Civil War and the Francoist era and to gender violence victims.

**Keywords:** human rights, Spain, Amnesty International.

### 1. Introducción

La constitución española y el ordenamiento legal vigente se inspiran en el respeto a los derechos humanos. Este es un principio rector inequívoco, también para la práctica política y administrativa y para la vida ciudadana, que no puede verse constreñida en el ejercicio de sus derechos por decisiones arbitrarias del poder. Además, las leyes y los tratados internacionales suscritos por España nos obligan a su riguroso respeto, pues una vez ratificados y habiendo entrado en vigor se incorporan al ordenamiento jurídico interno.

Además de una cuestión de valores, de ética cívica y política, el respeto a los derechos humanos en su conjunto (no solo los derechos civiles y políticos, también llamados de primera generación) es una obligación legal ineludible en un estado democrático de derecho.

Pues bien, en líneas generales podemos decir que en nuestro país estos derechos se respetan razonablemente y los tribunales suelen reponer los conculcados por órganos de poder o decisiones administrativas. De todos modos hay que matizar, pues no con todos los derechos se actúa de la misma manera: los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de momento no son justiciables a pesar de que en mayo de

2013 entró en vigor el protocolo facultativo que los activa ya obligatoriamente en todos los países comprometidos. La constitución española protege y obliga al cumplimiento de los derechos civiles y políticos fundamentales pero, como es sabido, los derechos económicos que el mismo texto constitucional cita (trabajo, vivienda, vida digna, salud...) no poseen la misma protección y suelen considerarse como principios rectores que deben guiar la política de los gobiernos. O sea que su flagrante incumplimiento no es objeto de tratamiento judicial.

Subsisten, pues, cuestiones muy relevantes, también en el terreno de los derechos y libertades fundamentales, que preocupan especialmente a las organizaciones defensoras de los DDHH y que, en algunos casos, recientemente de forma muy llamativa, han llevado a censuras de organismos internacionales y condenas del Tribunal de Estrasburgo al Gobierno español. Parece muy urgente reclamar al Estado español, como lo hacen Amnistía Internacional y el Comité de DDHH de la ONU, que el Segundo Plan de Derechos Humanos sea aprobado de una vez.

## **2. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)**

Entre los asuntos más preocupantes, Amnistía Internacional ha señalado los retrocesos que se han producido en los DESC, a pesar de que los organismos internacionales han resaltado que los derechos humanos no pueden ser abandonados por presiones fiscales (crisis económica y prioridades políticas de los gobiernos...). Concretamente y a modo de ejemplo, señalaremos la sanidad, por las restricciones que impone la reforma de 2012, excluyendo a los llamados ilegales o sin papeles (se han retirado unas 875.000 tarjetas sanitarias); y la vivienda, con su especial repercusión dramática en la vida de centenares de miles de familias desalojadas de sus casas ante la ausencia práctica de una política por parte de los gobiernos que tienda a cumplir con el derecho constitucionalmente admitido.

El Consejo de Europa, en su informe de 2015 sobre España, advierte al Gobierno de Mariano Rajoy de que la política de recortes está provocando una degradación de los derechos humanos de los ciudadanos. Lo hace en las conclusiones del Comisario de Derechos Humanos tras su visita a España, alertando concretamente de que los recortes sociales, en sanidad y en educación han conducido a un “preocupante incremento de la pobreza de las familias” e insta a las autoridades españolas “a hacer más por garantizar el respeto de los derechos humanos de los grupos más vulnerables en el contexto de las medidas de austeridad”.

El informe muestra una especial preocupación por la situación de los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad, para quienes solicita una “protección especial. España debería asegurar una protección social mínima para todos”.

Sin embargo, confirmando nuestra percepción del general retroceso que experimenta España en este terreno básico de los DDHH, el Tribunal Constitucional ha emitido recientemente (verano de 2016) sentencia sobre la exclusión sanitaria avalando el Real Decreto Ley 16/2012, con lo que consolida la exclusión de la atención sanitaria gratuita para las personas migrantes en situación administrativa irregular, ignorando con ello los tratados de derechos humanos firmados por España. Por ello, Amnistía Internacional, el Centro por los Derechos Económicos y Sociales, Médicos del Mundo, Red Acoge, la Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 y la Sociedad Española de Medicina Familiar y Comunitaria han mostrado su preocupación, lamentando que el Tribunal Constitucional ignore los tratados internacionales y las recomendaciones de los mecanismos regionales e internacionales de derechos humanos, cuando la propia Constitución obliga a interpretar los derechos contenidos en ésta a la luz de los tratados internacionales. Al contrario, en esta sentencia el Tribunal Constitucional, contra la doctrina internacional establecida y aceptada, da carta blanca a que se modelen los derechos fundamentales en función de criterios económicos generales. Mala senda que conduce a lugares indeseados.

Pero a esta situación hemos llegado después de recorrer un largo camino en el desmantelamiento y desvalorización de los derechos humanos, camino que ha ido siempre acompañado de las denuncias y movilizaciones de Amnistía Internacional y otras muchas organizaciones sociales. Así, en junio de 2012 se pronunció sobre España el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, que expresaba su preocupación por la reducción de los niveles de protección efectiva de derechos como la vivienda, salud, educación y trabajo, entre otros, como consecuencia de las medidas de austeridad que se están poniendo en marcha. El Comité recordaba al Estado español que es precisamente en tiempos de crisis económica cuando los esfuerzos deben ser redoblados para garantizar los derechos humanos de todas las personas, sin discriminación, y en especial de las personas en mayor situación de vulnerabilidad. Y recomendó al Estado revisar las reformas adoptadas para garantizar que todas las medidas de austeridad implementadas mantengan el nivel alcanzado de protección de los derechos económicos, sociales y culturales y sean en todos los casos temporales, proporcionales y no perjudiciales para estos derechos.

Por eso, AI tras haber estado más de tres años exigiendo el derecho a la sanidad universal y a la vivienda, está ahora inmersa en una campaña para exigir que los DESC, los derechos llamados de segunda generación, se blinden en la Constitución teniendo el mismo tratamiento que los derechos civiles y políticos. Es decir, que se conviertan en derechos subjetivos, obligatorios para el Estado y reclamables judicialmente. Un país como el nuestro, a pesar de la crisis económica –que en todo caso puede ralentizar el proyecto- y con valores de solidaridad, igualdad y democracia, puede y debe blindar ya estos derechos para todos. Nuestros políticos tienen la palabra.

### **3. Los derechos políticos y civiles. Las libertades básicas**

Otras cuestiones que preocupan a organismos internacionales y organizaciones de DDHH son la jurisdicción universal y las víctimas del franquismo y de la guerra civil, todavía pendiente de solución; la tortura y la violencia policial indiscriminada contra los ciudadanos que, aunque no es habitual en nuestro país, provoca denuncias y condenas judiciales en España y en Estrasburgo. La Ley de Seguridad Ciudadana (conocida como “ley mordaza”) y la última reforma del Código Penal son objeto de honda preocupación por contener disposiciones que chocan directamente con los estándares europeos de DDHH; y preocupa igualmente la situación de los inmigrantes sin papeles y el tratamiento que se les da, así como las restricciones en el cumplimiento de las obligaciones internacionales en cuando al asilo y refugio, en plena efervescencia en estos momentos.

Pero vayamos por partes. En el ámbito de la Unión Europea, a consecuencia de las protestas ciudadanas por las políticas desarrolladas para hacer frente a la grave crisis económica de 2008 y a las reacciones frente al terrorismo, hay una tendencia a la restricción de libertades en relación con la seguridad; y también en España, en derechos civiles y políticos, las autoridades quieren debilitarnos. En efecto, la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana (LOSC), no solo amplía los poderes policiales sin establecer mecanismos de supervisión y rendición de cuentas, sino que además incluye nuevas infracciones que podrían amenazar el ejercicio de la libertad de reunión pacífica, expresión e información, como las limitaciones para mostrar y difundir imágenes de las fuerzas y cuerpos de seguridad. También han sido de especial preocupación los casos de uso excesivo de la fuerza por parte de agentes de seguridad en manifestaciones, así como las crecientes restricciones al derecho de reunión, incluida la imposición de multas a manifestantes pacíficos, algo que puede disuadir la protesta. Algunos ejemplos

de utilización represiva y arbitraria de esa ley confirman nuestros temores (multa por fotografiar un coche de la policía mal aparcado, por llamar “colega” a un guardia, por decir en las redes que los policías locales son vagos...). Amnistía Internacional ha documentado el uso abusivo de las sanciones administrativas y penales para castigar a manifestantes pacíficos, lo que parece estar orientado a desincentivar la protesta social en España y limitar el derecho a la libertad de reunión pacífica.

La reforma del Código Penal también ataca la libertad de expresión, de información y de reunión, al ampliar los delitos, tanto de terrorismo como de desórdenes públicos, de manera tan amplia y vaga que resultan incompatibles con las normas de derecho internacional (el conocido caso de los titiriteros ha mostrado esta realidad que denunciamos).

No en vano el Comité de la ONU de Derechos Humanos ha destacado en su informe sobre España de 2015 el efecto disuasorio que puedan tener las sanciones administrativas contempladas en la Ley de Seguridad Ciudadana, en vigor desde el 1 de julio de 2015, y en la reforma del Código Penal sobre las personas que quieren manifestarse pacíficamente, así como su impacto en el disfrute de los derechos a la libertad de expresión, asociación y de reunión pacífica.

Otro de los grandes retrocesos (en 2014) ha tenido lugar en la lucha contra la impunidad de la que gozan los perpetradores de los crímenes más graves, mediante la reforma de la jurisdicción universal, que limita las atribuciones de las autoridades para investigar crímenes atroces contra las personas cometidos fuera de España.

Y también, como decimos, las personas migrantes están viendo sus derechos vulnerados en España. Amnistía Internacional ha seguido denunciando uso excesivo e innecesario de la fuerza en frontera por parte de la policía contra refugiados, migrantes y solicitantes de asilo, que en ocasiones han sido devueltos de manera ilegal (vallas con cuchillas afiladas, 13 muertos en el Tarajal con disparos de pelotas de goma...). Además, lejos de cambiar esta política, las autoridades, mediante una enmienda introducida en la LOSC, han pretendido legalizar las denominadas devoluciones en caliente, prohibidas por el derecho internacional, ante una censura muy general.

#### **4. Víctimas de la Guerra Civil y del franquismo**

Hay enquistados en nuestro país viejos problemas de derechos humanos que no se solucionan, como es el caso de las víctimas del franquismo y de la Guerra Civil. La transición no fue modélica, pues no se ha abordado con suficiencia la necesaria verdad,

justicia y reparación de las víctimas. Para nosotros la tortura y la desaparición forzada es un crimen internacional que no prescribe nunca hasta que haya un veredicto de los tribunales penales. Lo primero que debe hacer el Gobierno es colaborar con los jueces. Amnistía ha hecho campañas en este sentido porque no puede haber impunidad. Las instancias internacionales reconocen 141.000 casos de desaparición forzada en nuestro país. Esto es más que en toda América Latina en el siglo XX, y son sólo los casos que están delante de un juez. Esto no es un delito común, por lo que hasta que el Tribunal Supremo no cambie su sentencia de febrero de 2012, quedarán en impunidad en España cualquiera de los casos de desapariciones forzadas. Mientras tanto, lo que queda es la investigación fuera del país, en Argentina, México o en cualquier otro lugar.

Pero actualmente, en España las víctimas de desaparición forzada tienen las puertas cerradas por los tres poderes del Estado: el poder judicial considera que lo que se cometió durante el franquismo y la Guerra Civil no tiene ámbito penal; el Gobierno no colabora con la extradición de destacados franquistas solicitada por el tribunal argentino; y el Parlamento se niega a anular la ley de amnistía.

Hay, pues, que exigir que se cumplan los mecanismos de Naciones Unidas para este tipo de crímenes, y causa bochorno saber que si hay algún Estado condenado por los crímenes del pasado, ese es España. Las víctimas del franquismo y de la Guerra Civil tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación y deben, pues obtenerlas.

## **5. Tortura y malos tratos**

Del pasado también viene el tema de la tortura y los malos tratos en España, que no siendo un problema de carácter sistemático, sí se da con más frecuencia que en casos meramente aislados. La impunidad existe en este tema, pues tanto el Tribunal Europeo de DDHH como el Constitucional español han dictaminado en varias ocasiones que no hay una investigación eficaz sobre torturas. Los principales casos se dan en las manifestaciones, con un uso excesivo de la fuerza, pero también en las detenciones; hemos denunciado que algunas personas detenidas son sometidas a malos tratos, como por ejemplo, la negación del sueño o la obligación de permanecer de pie durante mucho tiempo, y hay mujeres que han sido vejadas...Ante el Comité de la ONU de Derechos Humanos, en su examen a España de 2015, el gobierno español reconoce 129 condenas por delitos de torturas de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado desde el año 2000, pero evita pronunciarse sobre cuántas denuncias se han interpuesto en el Estado,

cuántos funcionarios han sido condenados y cuántos han sido indultados tras ser condenados.

Pero el Estado español ha sido condenado hasta en siete ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por no investigar suficientemente denuncias de torturas; y en tan sólo 10 años la Coordinadora para la Prevención y Denuncia de la Tortura (CPDT) ha recopilado hasta 6621 denuncias de torturas y malos tratos policiales, así como la muerte de 883 personas bajo custodia.

De hecho, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura ha reprochado a España su escasa voluntad para investigar las denuncias de malos tratos policiales y tanto el Relator contra la Tortura de Naciones Unidas como reconocidas organizaciones de Derechos Humanos, como Amnistía Internacional, también han expresado reiteradamente su preocupación por la falta de investigación y por prácticas como la incomunicación de detenidos durante 13 días.

Hace unos meses la Audiencia de Palma condenó a dos policías por torturas graves. La magistrada ponente en el juicio y presidenta de la Sala llegó a comentar: "Se me cae la cara de vergüenza, como ciudadana", en referencia al retraso policial en investigar y denunciar los hechos, las manipulaciones de atestados y de las versiones de testigos. De modo que la tortura y los tratos vejatorios no solo existen en España sino que quedan frecuentemente impunes. Por eso consideramos que para resolver el problema el primer requisito es que la sociedad y el poder político entiendan que se trata de un problema grave y que no miren para otro lado. Son necesarias investigaciones rápidas, independientes y exhaustivas para averiguar la verdad y sancionar a los responsables, acabando con la impunidad que de hecho reina en este tipo de delitos.

Tres objetivos nos parecen prioritarios al respecto: Lograr que las autoridades judiciales se comprometan con el protocolo de Estambul, que se cumpla la legalidad en la frontera sur y acabar con la incomunicación en las detenciones.

Y es muy urgente, pues no somos solo las organizaciones de defensa de los DDHH las que denunciamos. Precisamente el organismo de DDHH dependiente del Consejo de Europa ha emitido informes reiterados que sacan los colores a España. Así, en 2013 el Comité Europeo denunció malos tratos en prisiones, centros de internamiento de extranjeros y comisarías. Aquel informe, especialmente duro, recogía los testimonios de 10 detenidos que aseguraban haber recibido golpes y patadas, haber sido sometidos a la tortura de "la bolsa", o haber sido víctimas de agresiones sexuales durante el régimen de incomunicación. La situación que se vive en las calles, así como

en comisaría, prisiones y Centros de Internamiento para Extranjeros (CIEs), que ha recogido el Comisionado sorprendió a los enviados europeos. "La investigación indica un excesivo uso de la fuerza por parte de los agentes de seguridad en las manifestaciones contra la austeridad de 2011 y 2012, que sacaron a la luz violaciones de los derechos humanos que se cometían desde hace años", comienza relatando el documento en el apartado dedicado a esta cuestión. A continuación, ponen el acento en un aspecto que para ellos es condición necesaria para que todo esto pueda ocurrir: "la concesión de indultos por el Gobierno, incluso en los casos relacionados con graves violaciones de derechos humanos, tales como los indultos otorgados en noviembre de 2012 a cuatro agentes de Policía que habían sido condenados por tortura, ha sido motivo de grave preocupación para el Comisario".

El Comité aseguró también que todas las detenciones con incomunicación hechas por la Audiencia Nacional durante los 5 primeros meses de 2011, habían sido autorizadas por un juez que no aplica las salvaguardas recomendadas en el derecho internacional. Y conviene recordar que la tortura es un crimen de derecho internacional que no prescribe y que puede ser juzgado por cualquier país si en el que ocurren los hechos no se investiga, en virtud del principio de la Jurisdicción universal. Por ello, quizás, en 2015 el Consejo de Europa insiste, en su informe sobre España, en que se debe combatir y erradicar la impunidad, especialmente si se ha institucionalizado. "El Gobierno debe acabar con la práctica de conceder indultos a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado envueltos en graves violaciones de los derechos humanos, incluyendo la tortura".

Por otro lado, sigue en vigor una legislación antiterrorista, muy criticada por los organismos internacionales de DDHH (la última crítica es de 2015 y proviene del Comité de Derechos Humanos de la ONU), que establece un régimen de incomunicación de los detenidos de hasta trece días, en el que el detenido no tiene acceso al abogado que elija, en el que el abogado que está con él sólo es observador, en el que no tiene derecho a un forense más allá del forense oficial..., lo que facilita que en algunos casos se produzcan impunemente malos tratos. Derogar los regímenes de incomunicación ha sido una lucha histórica de los colectivos de DDHH que cuenta con el apoyo del Subcomité para la Prevención de la Tortura de la ONU y del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura.

No es de extrañar, por tanto, que en el Informe sobre España del Comité de Derechos Humanos de la ONU, de 2015 (*Sexto informe del Examen Periódico*

*Universal de España* sobre su cumplimiento de los derechos y garantías contemplados en el Convenio de Derechos Civiles y Políticos), se insista especialmente en el tratamiento a los inmigrantes y demandantes de asilo en Ceuta y Melilla y en los Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE), la reparación de los crímenes franquistas y la detención incomunicada.

## **6. Otros derechos. Violencia machista**

En otro orden de cosas, conviene recordar, sin ánimo de exhaustividad, que a principios del 2015, el Grupo Parlamentario Popular impulsó una enmienda al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Enjuiciamiento Civil, incluyendo una reforma encubierta a la ley de asistencia jurídica gratuita, que ya había sido denunciada y condenada por la Relatora Especial de la ONU debido a que dificulta el acceso a un abogado de oficio (actualmente derogada por el Tribunal Constitucional). También que el proyecto de la llamada “ley Gallardón” recortaba y reducía drásticamente los derechos sexuales y reproductivos, que fueron solemnemente reconocidos como derechos humanos en la Conferencia de El Cairo de 1994 y que España se comprometió a proteger (esta ley se retiró ante la oleada de protesta civil que suscitaba). De cualquier modo el Comité de la ONU ha llamado la atención sobre la reforma de la ley del aborto, que exige el consentimiento expreso de los representantes legales para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad de 16 a 18 años o personas con capacidad modificada judicialmente. Para el Comité, ésta medida podría obligar a las mujeres a recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en riesgo su vida y su salud.

Y, también en relación con los derechos de la mujer, es un clamor social la necesidad de incrementar medidas para combatir los persistentes índices de violencia contra las mujeres, que es una de las violaciones de los derechos humanos más habitual y que afecta a un mayor número de personas. Millones de mujeres y niñas en el mundo son víctimas de violencia por razón de su género, y en España no somos ajenos a ello. Sólo en el periodo 2003-2014, 828 mujeres han sido asesinadas por la violencia machista. Tantas como víctimas de ETA en toda su historia. El Ministerio del Interior ha informado recientemente que un total de 52.005 mujeres maltratadas se encuentran en situación de riesgo en España, de las que 658 tienen edades comprendidas entre los 14 y 17 años.

Las autoridades se amparan en la necesidad de que las víctimas pongan denuncia para intervenir, pero Amnistía Internacional considera que, además, es

necesario evaluar e identificar todos los obstáculos en la persecución de este tipo de violencia. A lo largo de estos años, la organización ha denunciado la persistencia de múltiples obstáculos para la protección e identificación de las mujeres y víctimas de violencia de género, a la vez que existen datos preocupantes que confirman que las políticas de austeridad han afectado a la implementación de la Ley Integral contra la Violencia de Género por parte de la administración central, las administraciones autonómicas y locales. Desde 2011 a 2015, se ha producido un descenso del 21% de las partidas destinadas para la protección estatal a las víctimas de violencia de género en los Presupuestos Generales del Estado, mientras que las partidas específicas destinadas a los servicios de atención a víctimas gestionadas por las Comunidades Autónomas se ha reducido un 50%.

Amnistía Internacional ha recordado y sigue recordando a las autoridades españolas que legislar por sí sólo no basta. Ninguna ley o normativa será suficiente si no va acompañada de un verdadero compromiso de las autoridades para ponerla en práctica.

## **7. Propuestas de Amnistía Internacional**

Amnistía Internacional desde hace tiempo viene expresando su preocupación por la manera en que el Estado español incumple las recomendaciones de los organismos internacionales. Por eso la organización urge a España a adoptar medidas inmediatas para aplicar plenamente las recomendaciones del Comité y de otros órganos internacionales.

Para ello debe, entre otras:

- No devolver a ninguna persona a un país en el que corra riesgo real de ser sometida a violaciones de derechos humanos.
- Revisar la legislación, las políticas y prácticas relativas al control de manifestaciones para garantizar y facilitar el ejercicio efectivo del derecho a la libertad de expresión y de reunión pacífica.
- Impulsar investigaciones rápidas y eficaces que acaben con la impunidad en casos de malos tratos y tortura por parte de las fuerzas de seguridad.
- Suprimir el régimen de incomunicación garantizando derecho a asistencia legal y médica de su elección a toda persona detenida.
- Garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo.

- Intensificar esfuerzos para prevenir, combatir y sancionar la violencia contra las mujeres.
- Garantizar a las menores de 16 a 18 años y a mujeres con discapacidad el aborto legal y seguro con independencia del consentimiento parental o de sus representantes legales.

Estas situaciones que hemos descrito, en algunos casos de forma apresurada e insuficiente, son la materia de preocupación y de trabajo de Amnistía Internacional y de sus miles de socios y activistas en España; y no cabe bajar la guardia en la defensa de los derechos humanos dada la proclividad de los poderes establecidos a recortarlos o hurtarlos con numerosos pretextos como el de la seguridad, como si fuera posible incrementarla prescindiendo o restringiendo la libertad y los derechos fundamentales. Es muy difícil que un poder, impelido por su propia manera de ejercerlo, rectifique decisiones que facilitan su acción aunque restrinjan derechos. En este sentido, el avance del informe que sobre España ha realizado el Comité de Derechos Humanos de la ONU en 2016 insiste en los mismos problemas que viene reiterando en los anteriores. Es tal la insistencia del gobierno en no prestar atención a estas censuras y recomendaciones, que no deja lugar a dudas sobre la conveniencia de que la ciudadanía tome la defensa de los Derechos Humanos como una cuestión propia.



### III. DEFENSORES DE LOS DERECHOS HUMANOS. FIGURAS SEÑERAS



# **LAS BASES DEL DERECHO PENAL EN FRANCISCO DE VITORIA**

## **THE BASES OF THE CRIMINAL LAW IN FRANCISCO DE VITORIA**

Cláudio Brandão

*Catedrático. Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais,  
Facultad Damas y Universidad Federal de Pernambuco.*

**Resumen:** El iluminismo penal fue forjado como la culminación de un proceso de quiebra de paradigmas. Esto se debió mucho a las posiciones de vanguardia que fueron construidas antes de su afirmación, especialmente aquellas del Derecho Natural racionalistas, que estaban en la base del pensamiento jurídico de la Edad Moderna. En ese contexto, las ideas penales de Francisco de Vitoria ganan una notable importancia para la comprensión de la matriz del Derecho Penal de estos días, pues ellas se vinculan al ya referido iluminismo. Tales ideas rompen el paradigma del medioevo y sustituyen en teocentrismo por el antropocentrismo en el campo criminal.

**Palabras clave:** Vitoria, Derecho Natural, Pena, Culpabilidad.

**Abstract:** The penal enlightenment was forged as the culmination of a process of bankruptcy paradigms. This is much due to the forward positions that were built before its claims, especially those of natural law rationalists who were based on legal thought of the modern age. In this context, the criminal ideas of Francisco de Vitoria gain considerable importance for understanding the matrix of the criminal law of these days, because they are linked to the enlightenment. Such ideas break the paradigm of the middle ages and replaced in theocentrism by anthropocentrism in the criminal field.

**Keywords:** Vitoria, Natural law, Penalty, Culpability.

### **1. El humanismo del Siglo XVI y el contexto de la obra de Vitoria**

El Siglo XVI fue el palco del nacimiento y del desarrollo del humanismo. La recomposición del conocimiento antiguo despreciado por el mundo medieval permitió el nacimiento de esa nueva corriente de pensamiento, que se emancipó de las tradiciones medievales y que tenía preocupaciones prácticas, valorizando al hombre como centro y destinatario del conocimiento, pues ella se dirigía a los problemas de su centro, en particular la persona humana. Esa emancipación es muy diferente a la de las escuelas del medioevo, cuyo pensamiento especulativo no raro se disociaba por completo de la vida práctica, colocando sus raíces en la metafísica<sup>1</sup>.

El humanismo, por tanto, no fue concebido como un pensamiento original, sino, representó un reencuentro con elementos de la filosofía antigua, especialmente de la antigüedad tardía, como el ceticismo, el epicurismo y, en alguna medida, el

---

<sup>1</sup> Villey, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 437.

estoicismo, despreciados por la cultura medieval teocéntrica. Así también el humanismo representó el reencuentro y la recompreensión de la cultura clásica<sup>2</sup>

Villey al hablar sobre esa época dice que:

Precisamente, en el siglo XVI, renace una cultura profana. Un nuevo campo de investigación se abre delante de todos nosotros: todo el humanismo, Rabelais, Montaigne, Erasmo, Vivès, Justo Lípicio; y alrededor de ellos una enorme cantidad de nombre más o menos olvidados; y, por intermedio de ellos otros autores que ellos hicieron revivir, pues el producto del esfuerzo de ellos es un *Renacimiento*. Más que engendrar doctrinas originales, la obra del humanismo fue sobre todo la de los eruditos que reencontraron a los filósofos que representaron y revalorizaron filosofías antiguas que la cultura medieval despreciara. Se trata principalmente de las doctrinas helénicas, productos tardíos de la Antigüedad, posteriores al descenso de Atenas y a las grandes conquistas de Alejandro, transmitidas por los autores latinos – como el estoicismo, el cetismo y el epicurismo<sup>3</sup>

Debe resaltarse que el pensamiento humanista trascendió el Derecho en mucho, verificándose en diferentes sectores de la enciclopedia del conocimiento. Pero en el plano jurídico, el primer impulso sistemático del humanismo fue dado en Francia y tenía como objetivo directo la crítica al pensamiento jurídico medieval, el cual se desarrolló en Italia, tanto así que fue denominado de *mos italicus*, que ganó eco en la escuela medieval de los Pos-glosadores (1250-1400). El *mos italicus*, en su fase final, se caracterizaba por el abuso de los argumentos de autoridad, dispensando la justificación del pensamiento por los argumentos racionales y eso estaba en la raíz de la crítica de los humanistas. Por haber surgido en Francia, el método de estudio del derecho de esta escuela es llamado de *mos gallicus*<sup>4</sup>.

Los juristas de la escuela de los humanistas volvieron al estudio de las fuentes del derecho<sup>5</sup>. Así, no se buscaría más, como fin metodológico, la búsqueda de la opinión

---

<sup>2</sup> Meder, Stephan. *Rechtsgeschichte: eine Einführung*. Köln: Böhlau, 2008, p. 191.

<sup>3</sup> Villey, Michel. *A formação do pensamento...*, p. 435.

<sup>4</sup> Debe registrarse que los precursores de los humanistas son los juristas italianos, entre ellos Petrarca y Bolognini. El método de estudio de los humanistas tiene su origen en Italia, pero el desarrollo de la escuela dio, innegablemente, en Francia. Por cuenta de la importancia de los predecesores del humanismo, hay quien defiende que la escuela se inició en Italia, aunque reconozca que su fase aurea se dio en Francia. *Verbis*: “*Mos gallicus* is the name given to a school of legal humanists who adopted a philological and historical approach in their study of Law. This school began in Italy with Petrarca, Ambrose of Camaldoli, Filelfo, Maffeo Vegio, Lorenzo Valla, Angelo Poliziano, Ludovico Bolognini, and others, but was raised to its gratest splendour by French authors like Andreas Alciatus and Jacques Cujas.” Ridder-Symoens, Hilde de (editor.). *A History of the University in Europe: Universities in the Middle Ages*. Cambridge: Cambridge University press, 1992, p. 392.

<sup>5</sup> Brandão, Claudio. "Introdução às ideias jurídicas da modernidade". En Brandão, Cláudio *et al* (coord.).

común de los doctores, sino la comprensión tanto del contexto cultural como del significado textual de la compilación justiniana. Esto llevó a los referidos humanistas al reencuentro de la cultura clásica, que hizo con que el investigador se encontrara con un sistema de elaborada utilización de argumentos lógicos, expresados, desde la comprensión de las instituciones jurídicas con base en la razón. El producto de esta búsqueda “fue un cambio en la mentalidad del jurista, que ya no concebía al derecho romano como derecho actual, sino como elevada creación del genio romano y, por tanto, como expresión histórica de la razón y de la equidad, pero no necesariamente la única”<sup>6</sup>

El Derecho Romano dejó de ser considerado como revelación del Dios y paso a ser tenido como un conocimiento datado, que no pertenecía más a aquella realidad histórica<sup>7</sup>, a pesar de que fuera tenido como un sistema altamente racionalizado, dirigido al propio fin de aquel derecho: la búsqueda de la decisión buena y justa. La compilación justiniana tenía un valor intrínseco como conocimiento que conducía a la equidad, pero no debía ser aceptada como dogma. La razón humana es la que posibilitará el uso del Derecho Romano, el cual deberá ser utilizado como un instrumento en la búsqueda de la justicia del caso concreto y de la buena decisión, actividad racional, dirigida por las facultades del hombre. De este modo, defendían que el conocimiento del derecho no se adquiere solo a través de la lógica y de la dialéctica, sino también a través de los medios filológicos, históricos, literarios, en resumen: a través de las humanidades<sup>8</sup>

El humanismo se propagó en los países protestantes, como Holanda y Suiza. Pero, debemos registrar su influencia en países católicos como, en particular, España, y entre pensadores católicos, como el inglés Tomas More.

Fueron Francisco de Vitoria y Francisco Suárez los grandes representantes de este humanismo español, también llamado de *Escolástica Tardía española*, que se volvía al antropocentrismo jurídico. Con el cambio de Suárez a la Universidad de Coimbra<sup>9</sup>, el humanismo español se vinculó más aún a Francisco de Vitoria, siendo él

---

*História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 156.

<sup>6</sup> Levaggi, Abelardo. *Manual de historia del derecho argentino*. Buenos Aires: Depalma, 1991, p. 98

<sup>7</sup> “Los humanista, en consecuencia, dejaron de considerar al *Corpus Iuris* un texto dogmático y lo miraron como una obra histórica, es decir, como una fuente de conocimiento del derecho clásico”. Brito, Alejandro Guzmán. “Mos italicus y mos gallicus”. *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1978, 2, p. 36.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p.37.

<sup>9</sup> Regístrese que también se atribuía a esa corriente el término de Escolástica Tardía Ibérica, porque también alcanza al pensamiento de Suarez, que se transfirió a Portugal. Maihold, Harald. *Strafe für fremde Schuld?* Köln: Böhlau, 2005, p. 42.

su mayor representante.

Francisco de Vitoria estudió en París, en la primera mitad del Siglo XVI, habiéndose recibido de doctor el 27 de junio de 1522. De forma nada convencional, antes de obtener el doctoramiento, fue designado por el Capítulo General de la Orden Dominicana, a la cual pertenecía, para la docencia de Teología. En efecto, el Capítulo General realizado en Nápoles, en el año 1515, atribuyó a Vitoria el encargo de leccionar en París el *Liber sententiarum*, de Pedro Lombardo<sup>10</sup>. Los siete años que pasó como leyente en París, puso a Vitoria en contacto con el humanismo, que mucho más asimilado, fue desarrollado por él de forma original, sobre todo dirigido a los problemas concretos con los cuales se deparó a su vuelta a España y, en especial, durante el ejercicio de su cátedra en Salamanca. Fue la adhesión a esa corriente lo que

lo llevó a tomar en sus manos la defensa de la justa causa de los indios. Abordando la materia cruel del derecho de guerra, Vitoria afirmó principios de moderación y mansuetud. Casi todo el movimiento pacifista del siglo XVI procedía del humanismo y este actuará sobre el pensador español dando secuencia a su actuación en la iglesia, ya desde tiempos anteriores. En 1520, durante su estadía en París, Francisco mantuvo contacto con Josse van Assche, Jodocus Badius Ascensius, una de las mayores expresiones del humanismo<sup>11</sup>.

Fue al tratar de los problemas jurídicos que Francisco de Vitoria afirma al hombre como el centro y destinatario de la *lex*. La conquista de nuevas tierras hace con que una serie de cuestiones jurídicas viniesen al asunto, entre las cuales una sobresale: ¿los habitantes de aquellos territorios, que estaban en un estado civilizatorio poco evolucionado, eran sujetos de derechos? Sobre todo gana importancia esa pregunta, a la luz de la cultura de la época, si son considerados en su condición de “bárbaros”, esto es, sujetos que no profesan el cristianismo. En efecto, los más importantes problemas que debían ser resueltos por esta corriente vinieron por la conquista del Nuevo Mundo, ya que el *corpus christianum* medieval no traía respuestas a las cuestiones advenidas de esa

---

<sup>10</sup> Debe resaltarse que el Capítulo de Génova, de 1513, ya había designado a Francisco de Vitoria para la docencia en el curso de artes, lo que se dio apenas un año después de la conclusión de sus primeros estudios en París. El curso de artes era destinado a aquellos que se preparaban para profesar los votos religiosos en la propia orden, como oradores.

<sup>11</sup> Casella, Paulo Borba. "Presença de Francisco de Vitoria". *Revista da Faculdade de Direito*, 1985, Vol. LXXX, p. 358. El autor también anota que “O nome de Francisco de Vitoria aparece no frontispício de dois sermões de Cavarrubias, indicando que ele reviu a obra. Outros fatores vem demonstrar que Francisco de Vitoria não era um estranho à 'República das Letras', como é costume chamá-la, formada já em 1516 e da qual Erasmo de Rotterdam era o chefe reconhecido. Francisco não escondia seu entusiasmo pelo humanismo renascentista e, da parte de Erasmo, conservou-se carta dirigida a Francisco em que esta fala como reverência a respeito da teologia escolástica.” *Ibidem*.

conquista<sup>12</sup>

Francisco de Vitoria enfrentó aquella pregunta con los lentes del humanismo. El equipar jurídicamente cristianos y paganos, en razón de la pertenencia a una comunidad de naciones y en razón de la naturaleza humana del ser, hizo con que las personas – ahí incluidos los indios – fueran, dentro de su doctrina, vistos como sujetos de derechos. De este modo, “su preocupación fue, sobre de todo, con el hombre y sus derechos inalienables”<sup>13</sup>

Debido a que la preocupación central de Vitoria era el hombre, en sus lecciones, él no fue silente a los problemas decurrentes del Derecho Penal. En efecto, las cuestiones que gravitaban en torno de la *pena aplicada al hombre* fueron una preocupación del salmantino, originando un pensamiento que, en el ámbito de la dogmática, confiere al humanismo el carácter de matriz del Derecho Penal liberal. Debe notarse que, cuando se habla en el campo de la dogmática, está tratándose de las Teorías del Crimen, de la Pena y de la Ley Penal, y es en esa área que Vitoria se diferencia de Beccaria. En efecto, mientras el segundo trató de las bases limitadoras del poder de punir en el campo de la filosofía política el primero trató del Derecho Penal referido a los problemas concretos, esto es, refiriéndose a las instituciones penales existentes en su época.

## 2. Las ideas penales de Francisco de Vitoria

Francisco de Vitoria no despreció la cultura medieval, aunque la re-compendió a la luz del antropocentrismo. Así, aunque la Universidad de Salamanca tuviese en sus estatutos normas que establecían que la Cátedra Prima de Teología se diese a partir de las *Sentencias* de Pedro Lombardo, Vitoria guio sus enseñanzas basado en la *Suma Teológica* de Tomás de Aquino<sup>14</sup>. Por eso se dice que la teoría penal de Tomás de Aquino fue recibida por la obra de Francisco de Vitoria<sup>15</sup>. En lo que se refiere al

---

<sup>12</sup> Maihold, Harald. *Strafe für...*, p. 48

<sup>13</sup> Azevedo, Luiz Henrique Cascelli de. *Jus Gentium em Francisco de Vitoria*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 128.

<sup>14</sup> Stüben, Joachim. "Wir soll man Vitoria Übersetzen?" En Bunge, Kirstin (org.). *Die Normativität des Rechts bei Francisco de Vitoria*. Stuttgart: Frommann, 2011, p. 7. También Langella dice sobre o tema, que “La elección de la Summa como texto-base para sus lecciones, hecha durante su magisterio en París, consolidada posteriormente en Valladolid, llega a ser definitiva a partir de 1526 y constituye la característica fundamental de su enseñanza. (...) En pocos años la innovación introducida por Vitoria fue adoptada por sus mismo colega, a pesar de que los Estatutos ordenaran la lectura de las Sentencias” Langella, Simona. "Estudio introductorio". En Vitoria, Francisco. *De legibus*. Salamanca: Universidad de Salamanca y Universidad de Génova, 2010, p. 19.

<sup>15</sup> Cítese como ejemplo Schlosser y Willoweit, que inician el estudio de la teología de la pena bajo la

Derecho Penal, el salmantino no despreció las concepciones teológicas y morales construidas en la Edad Media, pues comprendía las violaciones penales que estaban encima de todo como un pecado y su respuesta como una doctrina ética (eudemonismo), que quiere, sobre todo, la felicidad del hombre, tanto en este mundo como en el mundo sobrenatural<sup>16</sup>. Pero esas violaciones eran interpretadas bajo una dignidad especial que se confería al autor de esas violaciones porque se lo consideraba el destinatario final del propio Derecho.

Además, debe notarse que en el pensamiento penal del salmantino: “La escolástica tardía española (de la cual Vitoria es el protagonista) y su doctrina del derecho natural, que posteriormente fue asimilada por Hugo Grotius en el periodo de la doctrina alemana del derecho natural y por el idealismo alemán, tuvo un papel determinante en la sistematización de concepto de pena”.<sup>17</sup>

Con toda razón, pues, se apunta a la gran influencia que las ideas penales propuestas por Vitoria, las cuales se propagan en Hugo Grotius, el mayor representante de la doctrina del derecho natural alemán, y en el pensamiento penal del idealismo alemán. Así, la conceptualización de la pena a la culpa, que están en el centro del derecho penal propuesto por el salmantino, recorren los siglos hasta el apareamiento del sistema dogmático tripartido del Siglo XIX.

## 2. 1. Panorama conceptual de la ley

La obra en la cual Vitoria enfrenta cuestiones del Derecho Natural y del Derecho Penal, *De legibus*, viene a la luz el año académico 1533/1534, antes de la famosa relectura del salmantino sobre los indios (ésta de 1539), cuyo tenor crítico inauguró una nueva fase en la política colonial española<sup>18</sup>. En ella, Vitoria parte de la

rúbrica: “Sobre a Teoria Penal de Tomás de Aquino e a sua recepção na escolástica tardia espanhola: o exemplo de Francisco de Vitoria”. En el original: “Zur Strafrechtstheorie von Thomas von Aquin und ihrer Rezeption in der spanischen Spätscholastik: das Beispiel Francisco de Vitoria”. Schlosser, Hans; Willoweit, Dietmar. *Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung*. Köln: Böhlau, 1999, p. 313.

<sup>16</sup> Stiening, Gideon. “Nach göttlichen oder menschlichen Gesetzen”. En Bieskorn, Norbert; Stiening, Gideon (orgs.). *Francisco de Vitoria ‘De indis’ in Interziplinärer Perspektive*. Stuttgart: frommann, 2011, p. 133.

<sup>17</sup> Traducción libre de: „Die Spanische Spätscholastik und Naturrechtslehre, die durch Hugo Grotius an die deutsche Naturrechtslehre und an den deutschen Idealismus weitergegeben wurde, hat bei der Systematisierung des Strafrechts eine maßgebliche Rolle gespielt“ Maihold, Harald. *Strafe für...*, p. 2.

<sup>18</sup> Sobre el tenor crítico de esta relectura, debe mencionarse la observación de Teixeira “Sabe-se que os textos de Vitoria, muito provavelmente, seriam incluídos no Índice de livros proibidos, não fosse o falecimento do Papa Sexto V. O período é conturbado, e o próprio imperador Carlos V, tendo a ameaça dos turcos por um lado e a ameaça protestante por outro, dignou-se somente a escrever ao prior dos dominicanos, Domingo de Soto, indicando que fosse proibida aos clérigos qualquer manifestação de opinião a respeito da política ultramarina do reino” Teixeira, Hélio Aparecido. *Aproximações entre*

tripartición utilizada por Tomás de Aquino, es decir: Ley Eterna, Ley Natural y Ley Humana, para dar una interpretación revolucionaria para la época, la cual será el hilo conductor para su reflexión moral sobre los indios y sobre el *derecho de todas las gentes*. En efecto, la teoría de la ley de Vitoria permitió la justificación en el plan teórico de la concepción subjetiva (*rectius*, perteneciente a todo ser humano) del Derecho, el que se debe a su concepción de *ley natural*.

En este panorama, la esencia de la ley es presentada como un algo que pertenece a la razón, pues, mientras la regla y la medida de los actos humanos, su etimología provienen de *obligar (legare)*, y el mando es un producto de la razón, ya que reside en el intelecto. Vitoria se expresa así sobre el tema:

ARTÍCULO PRIMERO – *si la ley es algo propio de la razón o reside en la razón y en la voluntad*. Responde que la ley es algo que pertenece a la razón, porque a ésta le corresponde mandar; y la ley es la regla y la medida de los actos, y se dice que la ley por su propia procedencia de ‘relacionar’, porque obliga. Es evidente, pues, que la ley se localiza en la naturaleza racional y, en consecuencia, no puede fundarse sino en la sensibilidad o en el intelecto. Y no reside en la sensibilidad. Luego...<sup>19</sup>

Con esta afirmación, Vitoria refuta la posición afirmada en el Medioevo de que la ley sale de la voluntad divina, luego era producto, al final, de la voluntad. El salmantino nos dice que la ley es un mandato, y como tal está determinado por la razón y ordenado a un fin, lo que solo puede tener su origen en la actividad racional. Como regla, la ley es ordenada hacia un fin, por tanto ella siempre deberá ser ordenada a la afirmación de un *bien común*<sup>20</sup>. Debe notarse que esa destinación al bien común viene de la propia naturaleza de la ley y no de la voluntad del legislador, pues cuando cesa el bien común también cesa la ley, ya que este último integra la substancia de la propia ley. Así, la ley es identificada como un mandato de la razón ordenado al bien común, que *obliga*.

Sobre la esencia de la ley, concluye con precisión Langella:

En esta definición se recogen los elementos esenciales de la ley, definición que no es

---

*Francisco de Vitoria e sua crítica ao pacifismo de Lutero*. Cauriensia. Vol. VI. Extremadura: Universidad de Extremadura, 2011, p. 225.

<sup>19</sup> Vitoria, Francisco. *De legibus*. Salamanca: Universidad de Salamanca e Universidade de Gênova, 2010, p. 88

<sup>20</sup> Nos dice Vitoria: “Responde que toda ley debe ordenarse al bien común. Lo prueba porque el fin de todas las leyes es la felicidad y hay otros fines que se ordenan a éste.” *Ibidem*, , p.93. El bien común, como fundamento del poder civil es encontrado también en *De Potestate Civili*. Vitoria, Francisco de. *Relectio de Potestate Civili*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Corpus Hispanorum de Pace), 2008, p. 23.

exclusiva de ninguna ley entre las distintas clases de ley en particular, aunque sea válida para todas. La ley es una orden de la razón, es una regla, norma o medida de todos los actos, por medio de la cual se estimula al hombre a actuar o no actuar. Es un mandato obligatorio y, como tal, no solamente indica el camino, sino da una orden que se debe seguir<sup>21</sup>

Para finalizar, se debe resaltar las divisiones de la ley para Vitoria. La Ley Eterna es tenida como producto directo de los designios de Dios, que todo rige. Dios es el sumo legislador y de él proviene la *lex aeternae*, que gobierna todas las cosas. Pero Dios no está sometido a ella<sup>22</sup>. Porque todas las artes inferiores se subordinan a las superiores, la Ley Eterna es tenida como un fundamento tanto de la Ley Natural, como de la Ley Humana. La Ley Natural, aunque no sea un hábito, se mantiene por el hábito, ella da condiciones por la inclinación de la naturaleza, al juzgar la rectitud de todas las cosas<sup>23</sup>, también siendo fundamentada en la razón<sup>24</sup>, ya que ella se basa en la reflexión humana acerca de la Ley Eterna.

En ese sentido se nota que “Los teólogos españoles (de la Escolástica Tardía) definen la base de la ley natural, sobre todo, por la teoría de Tomás de Aquino, según la cual los preceptos de la ley natural vienen de la reflexión terrena acerca de la ley eterna de Dios”<sup>25</sup>.

La Ley Humana, si es justa, procederá de la Ley Natural. Dichas leyes “se ordenan al bien común, deben establecerse para la comunidad y perdurar en la comunidad política”<sup>26</sup>. A su vez, la Ley Humana se subdivide en Ley Eclesiástica y Ley Civil. La primera es la ley de la Iglesia, la segunda la ley del Estado. Debe notarse que la Ley Civil no se confunde, en el pensamiento de Vitoria, con la ley del derecho privado, pues el *jus civile* es tomado en la acepción romana, como derecho del ciudadano. En este contexto, la ley de naturaleza penal, integra el *jus civile*.

---

<sup>21</sup> Langella, Simona. "Estudio introductorio...", p. 35.

<sup>22</sup> Vitoria, Francisco. *De legibus...*, p. 119.

<sup>23</sup> Nos dice Vitoria: “Y, de este modo, alguna vez la misma ley se llama hábito, no porque sea hábito, sino porque mediante él se mantiene. (...) La ley natural no se llama así porque exista en nosotros por naturaleza, pues los niños no tienen ley natural ni hábito alguno, sino porque por inclinación de la naturaleza juzgamos la rectitud de todas las cosas, no porque esa cualidad se halle en nosotros por naturaleza” *Ibidem*, p. 123.

<sup>24</sup> Spindler, Anselm. "Vernunft, Gestz und Recht bei Francisco de Vitoria". En Bunge, Kirstin (org.). *Die Normativität des Rechts bei Francisco de Vitoria*. Stuttgart: Frommann, 2011, p. 49.

<sup>25</sup> Traducción libre de: „Die spanischen Theologen setzen für die Grundlegung des Naturrechts zumeist auf die Lehre des Thomas von Aquin, wonach die Gebote des Naturrechts der irdisches Abglanz des ewigen göttlichen Gesetzes“ Maihold, Harald. *Strafe für...*, p. 49.

<sup>26</sup> Vitoria, Francisco. *De legibus...*, p. 135.

## 2.2. La costumbre como fuente de derogación de la ley penal.

Fue solamente después de la consolidación del Principio de la Legalidad como un principio rector del Derecho Penal de los Estados Democráticos de Derecho que se afirmó que él es una protección del hombre en referencia al *jus puniendi* estatal. De esta forma, el Principio de la Legalidad tienen una *ratio pro libertatis*, sirviendo para aumentar el ámbito de libertad, al restringir explícitamente el ámbito de la punición.

En este contexto, se defendió la fuerza de la costumbre para derogar los tipos penales anacrónicos, que no estaban en el compás de la realidad social. En efecto, si el Principio de la Legalidad prohíbe la aplicación de la costumbre como fundamento de una incriminación, esto es, la costumbre *in malam partem*, por la misma *ratio* admite la costumbre que genera efectos en beneficio de la parte. La costumbre que aumenta el ámbito de libertad será, teleológicamente conforme al Principio de la Legalidad. La eficacia de la costumbre a la luz del Principio de la Legalidad se dará, conforme en el Siglo XX afirma Maysach, para apartar los tipos penales que no representen coherencia con la sucesión de actos de una época, siendo tenidos como anacrónicos.

Como nos dice Maurach: “La eficacia derogativa del derecho consuetudinario constituye, en la vida jurídica, un medio imprescindible para la expulsión de amenazas de pena que llegaron a ser obsoletas y que el legislador no derogó formalmente por imprudencia o por imposibilidad”<sup>27</sup>

Lo que hoy se presenta como una garantía dada por la utilización del Derecho Penal según una metodología de un Estado Democrático de Derecho, por colocar a la persona humana como centro de la dogmática penal aplicada, fue definido por Vitoria según la misma postura dirigida a la persona humana. Es bueno notar que en su obra sobre la ley, Vitoria aclara que la costumbre tiene fuerza de para obligar, derogando la ley por el desuso.

En este sentido, el salmantino dice: "ARTÍCULO TERCERO.- Si la costumbre puede tener fuerza de ley y obligar. Responde que sí y explica cómo el legislador puede manifestar su voluntad no solamente con palabras, sino también de hecho, como por ejemplo se deja de castigar a los transgresores de una ley, esta queda derogada por la costumbre.”<sup>28</sup>

Debe notarse que Vitoria completa el pensamiento, consignando a que si la costumbre establece que sea buena la realización de una conducta no le compete al

<sup>27</sup> Maurach, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: Parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 139.

<sup>28</sup> Vitoria, Francisco. *De legibus...*, p. 161.

legislador prohibirla. También nos dice que cuando existe desuso la regla del legislador no tiene fuerza de ley<sup>29</sup>

Así, Vitoria concluye su pensamiento diciendo que: “En el último capítulo acerca de la costumbre se dice expresamente que toda costumbre prolongada, contraria a una ley humana, deroga la ley, porque no es despreciable la autoridad de una costumbre larga (*quia longavae consuetudinis non est contemnenda auctoritas*)”<sup>30</sup>

Debe notarse que las leyes que castigan, vistas como caso límite del raciocinio del Salmantino, justamente por el castigo infringido, tiene naturaleza penal. Así, al traer en última instancia la derogación del castigo previsto en la ley, por la costumbre, Vitoria también limita, con esto, el poder de punir. Es digno de reflexión que aquello que es presentado como uno de los pilares del método penal actual, que es el uso de la *desuetudo* para derogar la ley penal, como consecuencia del Principio de la Legalidad aplicado a la costumbre (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), ya fue defendido desde el Siglo XVI como producto de una noción de ley centrada en el hombre, lo que revela la vanguardia de este pensamiento.

### 2.3. Relaciones entre la pena y la culpabilidad

Vitoria defiende explícitamente que la culpa penal sale del prejuicio legal. En efecto, en una teorización en la cual la ley se dirige a la persona, teniendo en su núcleo la racionalidad ya que se fundamenta en el intelecto y no en la voluntad, es una consecuencia que la censura sobre alguien sea un requisito para la aplicación de la pena. Decir que las leyes determinadas obligan en referencia a la culpabilidad, es decir que las leyes obligan en referencia a la pena que se impone a la violación de un imperativo, el cual convierte obligatorio un determinado comportamiento.

Así nos dice explícitamente el salmantino:

Por último aparece la duda si se obligan fundamentadas en una culpa las leyes penales, esto es, las leyes penales que establecen una pena determinada. (...) Enrique Gandavese dice que a su vez las normas penales cuentan tanto un precepto como la pena, (...) otras veces solo establece la pena. La primera fórmula obliga fundamentada en una culpa, la segunda no. Sigue esta opinión la *Summa Angelica*.<sup>31</sup>

Debe resaltarse que en el texto original Vitoria hace uso de la sentencia latina

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p.163.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p.163.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 149.

*an obligent ad culpam*, lo que relaciona el problema penal al problema del pecado. La culpabilidad de que habla Vitoria es aquella vinculada a las modalidades teológicas de pecado venial o de pecado mortal y esto indica que Vitoria está relacionando la pena a la censura personal.

No podemos olvidar que el concepto de culpabilidad adviene de la traducción del vocablo alemán *Schuld*, que indica la deuda del pecado (palabra, es decir, también usada en la lengua alemana en la oración del Padre Nuestro, como sinónimo de ofensa).

Debe notarse que toda la construcción alrededor de la relación entre culpabilidad y pena está influenciada por la teología. Si no veamos: el local en el cual el culpado cumple la pena es llamado de penitenciaría, vocablo que viene de la palabra *penitencia*, esto es, la satisfacción que debe ser dada por la explicación de la culpa. El local en el cual el preso cumple la pena privativa de libertad es llamado de *celda*, tal nombre también es atributo para el cuarto en el cual viven los monjes y allá realizan la penitencia. La penitencia es impuesta, teológicamente en el sacramento de la *confesión*; no es de extrañarse pues que la confesión haya sido tenida durante todo el Siglo XIX y parte del Siglo XX como la reina de las pruebas, sobre todo si notamos que ese tiempo es en el cual se tienen las primeras teorizaciones sobre la culpabilidad como elemento del crimen.

Al vincular la pena a la culpa, en el campo de la ley penal, Vitoria indica la necesidad de que se fundamente el mal de la pena en la censura que debe ser hecha al agente. Esto, en el plano teológico aplicado al pecado, es decir, ya era extraído del *manual de los penitentes* y posibilitaba la gradación de la penitencia aplicada por el sacerdote al conferir el sacramento. Ocurre que esa defensa anticipará la sustancia de lo que hoy es presentado como una conquista del Derecho Penal del Estado Democrático de Derecho.

Jescheck, al tratar de la culpabilidad a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán, nos dice: “La pena requiere la culpabilidad antes. La culpabilidad es reprobabilidad. Con el desvalor de la culpabilidad se censura al autor por no haberse comportado conforme al derecho, sin que se haya decidido por él, cuando podía comportarse conforme a él, cuando podía decidirse por él”.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Traducción libre de: "Strafe setzt Schuld voraus. Schuld ist Vorwerfbarkeit. Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, daß er sich nicht rechtmäßig verhalten, daß er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich nicht rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden Können" Jescheck, Hans-Heirich. *Lehrbuch des Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Berlín: Dunker & Humblot, 1988, p. 19.

De hecho, no existe diferencia entre la sustancia de lo que Vitoria enseña y la actual relación entre la pena y la culpa, ejemplificada aquí a través de la obra de Jescheck, ya que la *reprobación personal* de la que habla Jescheck es la misma *censura de la culpa*, traída por Vitoria.

En este panorama, los dos autores establecen que la culpabilidad es, lógicamente, la causa de la pena, pues ella representa un requisito para la aplicación de la sanción penal. Es por este motivo que ambos vinculan la pena a la cuestión de la culpa, pues la primera es tenida como un sufrimiento, que solo se justifica si se impone en referencia a una satisfacción debida por el agente por cuenta de un crimen. Tal contenido, en ambos autores, es nítidamente expiatorio, lo que traduce la raíz religiosa presente en esas instituciones.

### 3. Conclusión

Vitoria no nos presenta un conocimiento sistemático del Derecho Penal. Al contrario, el poder de punir, la ley penal y lo que viene de sus aplicaciones, están colocados en partes esparcidas de sus teorizaciones, llenas de fundamentación teológica. Pero, al buscar dar una solución a los problemas de la época, el salmantino trata de cuestiones concretas, aplicables para la solución de lides y, con esto, se encuentra en él la concretización del mismo objetivo del conocimiento denominado hoy de dogmática penal: la resolución de casos concretos.

Sin despreciar el conocimiento medieval, sino realizando una interpretación de aquel conocimiento bajo el nuevo prisma: el humanismo, generó un sistema de conocimiento interdisciplinar que consagró las formas política, teológica, moral y jurídica a un solo tiempo y, con eso, no tuvo por objetivo delinear las cuestiones de las instituciones jurídicas penales vistas en sí mismas. Pero, al solucionar los problemas penales de la época, de forma refleja revolucionó dichas instituciones.

Sus teorías, al ser interpretadas por las escuelas del Derecho Natural alemán y del Idealismo Alemán, pudieron llegar, aunque en muchos términos reflejamente, al periodo de construcción de la dogmática científica de la Teoría del Crimen. Póngase en relevancia que tal periodo se dio a partir del Siglo XIX, con la consolidación del Principio de la Legalidad, a través de la Teoría de la Coacción Psicológica de Feuerbach, como el principio rector del Derecho Penal liberal.

El gran hito que puede ser atribuido a Vitoria, en el área penal, es la colocación del hombre visto como el destinatario y centro del derecho, como el soporte en el cual

deben ser resueltos los casos que él se pone a solucionar. Al colocar las cuestiones de la vinculación de la pena a la culpa, o de la posibilidad de derogar la ley penal por la costumbre, el salmantino anticipa soluciones que son tenidas como posiciones de vanguardia del Derecho Penal del Estado Democrático de Derecho. Como en su época no había siquiera ese concepto político de estado, la solución final que él presenta, por preocuparse en conferir *dignidad a la persona humana*, nos muestra que es ese el fundamento – hoy traducido en principio jurídico – que está en la raíz del Derecho de aquel Estado.

Conforme también se desprende de las posiciones del salmantino acerca tanto de la eficacia derogativa de la costumbre en el derecho penal, como de las relaciones entre la culpa y la pena, los problemas penales concretos son resueltos en función a criterios que ponen en relevancia al hombre frente al poder de punir, en la medida en que se apartan punitivas a partir de una justificación que lleva en cuenta criterios que aumentan la esfera de libertad (criterios *pro libertatis*), con la restricción del ámbito de punición.

Es digno de nota que el contexto jurídico en el cual Vitoria escribe sus ideas penales es el *jus omnes Gentium*, esto es, el Derecho de todas las gentes. La pertenencia al género humano es, pues, la clave interpretativa para que las instituciones penales sean aplicadas a los casos concretos, según se desprende del pensamiento salmantino. Su teorización penal, a la luz de ese contexto jurídico, surgió refiriéndose a un Derecho Internacional en formación y se fundamentó en el destinatario del castigo, ya que existe en él la relación de pertenencia al género humano. En el panorama jurídico actual, como que de forma cíclica, el Derecho Penal vuelve a desarrollarse en el área internacional, sobre todo, con la continua afirmación del Tribunal Penal Internacional, y los problemas que se ponen en ese “noble” campo convergen hacia la misma sustancia apuntada por Vitoria: la reprobación del hombre. Urge, por consiguiente, que recorramos la misma llave interpretativa apuntada.

En ese panorama, el pensamiento de Vitoria está en la matriz de la dogmática penal contemporánea, no por haber delineado las instituciones penales en sí mismas, sino por haber revelado su sustancia, su más esencial fundamento: la protección en el campo penal de la *dignidad de la persona humana*.

### Referencias Bibliográficas

- Alves, Sílvia. *Punir e humanizar – O direito penal setecentista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian y Fundación para la Ciencia de Tecnología, 2014
- Azevedo, Luiz Henrique Cascelli de. *Jus Gentium em Fancisco de Vitoria*. Porto Alegre: Fabris, 2008.
- Birnbaum, Johann Michael Franz. *Ueber das Erfordeniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe der Verbrechens*. Archiv des Criminalrechts. Halle: Schwetschte und Sohn, 1934.
- Brandão, Claudio. "Introdução às ideias jurídicas da modernidade". En Brandão, Cláudio et al (coord.). *História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012.
- Brito, Alejandro Guzmán. "Mos italicus y mos gallicus". *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1978, 2, pp. 11-40.
- Casella, Paulo Borba. "Presença de Francisco de Vitoria". *Revista da Faculdade de Direito*, 1985, Vol. LXXX, pp. 355-369.
- Feuerbach, Anselm von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires:Hammurabi, 1989
- Jescheck, Hans-Heirich. *Lehrbuch des Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Berlim:Dunker & Humblot, 1988.
- Langella, Simona. "Estudio introductorio". En Vitoria, Francisco. *De legibus*. Salamanca: Universidad de Salamanca y Universidad de Gênova, 2010.
- Levaggi, Abelardo. *Manual de historia del derecho argentino*. Buenos Aires: Depalma, 1991
- Maihold, Harald. *Strafe für fremde Schuld?* Köln: Böhlau, 2005.
- Maurach, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: Parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- Meder, Stephan. *Rechtsgeschichte: eine Einführung*. Köln: Böhlau, 2008
- Ridder-Symoens, Hilde de (editor.). *A History of the University in Europe: Universities in the Middle Ages*. Cambridge: Cambridge University press, 1992
- Schlosser, Hans; Willoweit, Dietmar. *Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung*. Köln: Böhlau, 1999.
- Spindler, Anselm. "Vernunft, Gestz und Recht bei Francisco de Vitoria". En Bunge, Kirstin (org.). *Die Normativität des Rechts bei Francisco de Vitoria*. Suttgart: Frommann, 2011.

- Stiening, Gideon. "Nach göttlichen oder menschlichen Gesetzen". En Bieskorn, Norbert; Stiening, Gideon (orgs.). *Francisco de Vitoria 'De indis'in Intersziplinärer Perspektive*. Suttgart: frommann, 2011
- Stüben, Joachim. "Wir soll man Vitoria Übersezen?" En Bunge, Kirstin (org.). *Die Normativität des Rechts bei Francisco de Vitoria*. Suttgart: Frommann, 2011.
- Teixeira, Hélio Aparecido. *Aproximações entre Francisco de Vitoria e sua crítica ao pacifismo de Lutero*. Cauriensia. Vol. VI. Extremadura: Universidad de Extremadura, 2011.
- Villey, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- Vitoria, Francisco de. *Relectio de indis*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Corpus Hispanorum de Pace), 1989.
- *Relectio de Potestate Civili*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Corpus Hispanorum de Pace), 2008.
- *De legibus*. Salamanca: Universidad de Salamanca e Universidade de Gênova, 2010.



# EUGENIO MARÍA DE HOSTOS: ACTIVISTA Y PENSADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA AMÉRICA HISPANA DEL SIGLO XIX

## EUGENIO MARÍA DE HOSTOS: ACTIVIST AND THINKER OF HUMAN RIGHTS IN THE SPANISH AMERICA OF THE XIX CENTURY

Ramón Antonio Guzmán  
*Pont. Univ. Católica de Puerto Rico*

**Resumen:** Se presenta la figura de Eugenio María de Hostos como constitucionalista y pensador del derecho, autor de la primera obra conocida en Latinoamérica en la cual se presenta una justificación filosófica de los derechos fundamentales, a la vez que Hostos también se desempeña como un activista, que fue por todo el mundo americano para defender los derechos de la mujer, de los pobres, los obreros, los inmigrantes; en fin: de los marginados, de los menos importantes. Se reconoce su importancia como proponente de la vigencia de los derechos fundamentales en situaciones de crisis, que es justamente la situación que confronta el mundo actual.

**Palabras clave:** Eugenio María de Hostos; derechos humanos; Hispanoamérica; "krausismo español, "krausismo latinoamericano"

**Abstract:** Introduction to Eugenio Maria de Hostos as a constitutionalist and thinker of law, author of the first known work in Latin America in which a philosophical justification for human rights is presented, while Hostos also serves as an activist to defend the rights of women, the poor, workers, immigrants; in short: the marginalized, the "very non important persons". Hostos is recognized as a proponent of the observance of human rights in crisis situations, which is precisely the situation facing the world today.

**Keywords:** Eugenio Maria de Hostos; human rights; Latin America; "Spanish Krausism, "Latin American Krausism".

### 1. Introducción: ubicación histórica e importancia de la figura de Hostos

Saludo con gran afecto a todos los congresistas y a todas las congresistas que participan en este encuentro de historiadores y de juristas que estudian los "derechos fundamentales"<sup>1</sup> y que abogan por convertirlos en una realidad universal. Soy un puertorriqueño

---

<sup>1</sup>Aunque en el título utilizo el término "derechos humanos", ha sido con el propósito de estar en consonancia con el congreso al que se nos ha convocado. En el cuerpo del trabajo utilizo la expresión "derechos fundamentales". No es mi intención entrar aquí en la discusión en cuanto a cuál es la terminología más adecuada. Aclaro, simplemente, que cuando se habla de la obra de Hostos es mejor decir "derechos fundamentales" pues, en aquella, estos se conciben como el fundamento de toda la organización política del Estado. Nada de esto significa, por supuesto, que el congreso esté mal titulado, pues "derechos humanos" es el nombre más generalizado de tales derechos. Hostos es el primero en considerar que, hablándose de ellos, "importa poco el nombre". Hostos, Eugenio María de. *Obras completas*. 2da. ed. facsimilar de la conmemorativa del centenario. San Juan de Puerto Rico: Ediciones Borinquen y Editorial Coquí, 1969, tomo XV, p. 131. En lo sucesivo se citará como *O.c.* y se indicará el tomo con un número romano y la página con un número arábigo. Cuando no aparece el número arábigo, la referencia es al tomo entero.

La edición citada de las *Obras completas* de Hostos tiene veinte tomos. En 1988, en vísperas de la celebración del sesquicentenario de Hostos, la Universidad de Puerto Rico, su Instituto de Estudios Hostosianos y el Instituto de Cultura Puertorriqueña comenzaron a publicar las *Obras completas*. *Edición crí-*

que se siente muy privilegiado de compartir con ustedes y de tener la oportunidad de hablarles sobre Eugenio María de Hostos, el más universal de los puertorriqueños, a quien figuras importantísimas de nuestra América han homenajeado, entre otros elogios, con los títulos de “Ciudadano de América”<sup>2</sup> y de “conciencia moral del continente”<sup>3</sup>. La mención de su nombre es oportuna en cualquier momento y dondequiera que se converse sobre los derechos fundamentales.

El estudio de los acontecimientos, de las letras y las ciencias, y de las ideas político-económicas de la Hispanoamérica del siglo XIX sigue siendo una tarea obligatoria y necesaria para comprender los avances y los atascos del devenir y de los idearios de nuestro siglo XX y del siglo que va corriendo. También resulta imprescindible un acercamiento al fuego de las ideas liberales, a la frialdad conservadora y a la tibieza pragmática de algunas instituciones y de algunas figuras de la España decimonónica. En Puerto Rico, por lo menos, los programas políticos actuales corresponden todavía, naturalmente con algunas diferencias, aunque no esenciales, a las mismas posturas que podemos encontrar durante la segunda mitad del siglo XIX.

Al iniciarse aquel siglo, España tenía —en la América Hispana— un amplio régimen colonial que comenzó a desmoronarse al completarse la primera década. En las postrimerías, su poder colonial se había reducido a una débil e inestable presencia en Cuba y en Puerto Rico, más precaria en la mayor de las Antillas. Sin embargo, a diferencia de otros regímenes coloniales, en los que el derecho se vive holgadamente en la metrópoli y con dolorosa estrechez en la colonia, el pueblo español de entonces sufría un régimen monárquico que resultaba casi tan lastimoso para los españoles peninsulares como para el criollo en América. Así se entiende que, llegado el *momentum* de los liberales españoles durante el “sexenio revolucionario” (1868-1874), Hostos sufriera una grandísima decepción: Emilio Castelar, su amigo, su compañero de estudios y de aventuras revolucionarias, quien le había prometido la autonomía para Puerto Rico, cuando

---

*tica*. Esta ingente tarea todavía no ha terminado y ha sido prácticamente truncada por la determinación, escudándose en la crisis económica, de dismantelar el Instituto de Estudios Hostosianos. De los tomos que ya están disponibles, utilizaré y citaré los pasajes que corresponda citarse. Esta edición se citará así: *O.c.E.c.*, I, I, 1: el primer número romano indica el volumen, el segundo indica el tomo y el número arábigo indica la página. Cuando el volumen solo contenga un tomo se citará: *O.c.E.c.*, I, 1: se indica el volumen único con un número romano y la página con un número arábigo.

<sup>2</sup> Pedreira, Antonio S.; *Hostos: Ciudadano de América*. San Juan de Puerto Rico: Instituto de Cultura Puertorriqueña, 1964; D’ou, Lino. “Hostos, Ciudadano de América”. En Roig de Leuchsenring, Emilio (compilador). *Hostos y Cuba*. La Habana, Cuba: Editorial de Ciencias Sociales, 1974, pp. 13-30.

<sup>3</sup>Torres, Carlos Arturo. “Hostos”. En *América y Hostos*. La Habana, Cuba: Cultural, 1939, p. 145.

ya podía cumplir la promesa, simplemente le dijo a nuestro prócer: “Antes que republicano soy español.”<sup>4</sup>

Hostos ya podía asumir la conocidísima sentencia de Ramón Emeterio Betances: “España no puede dar lo que no tiene.”<sup>5</sup> Pero demoró en asimilarlo, pues sus reclamos iniciales de libertad para las Antillas no eran separatistas; eran, más bien, federalistas. En 1874, en Nueva York, ya está convencido de que Betances tenía la razón. Lo expresa con la elegancia y el vigor que marcan su estilo:

Somos representantes del principio de separación política entre el Nuevo y el Viejo Continente; somos representantes de la civilización política del Nuevo Mundo; somos representantes de la unión y confraternidad de nuestra raza en toda la parte del Continente que ella ocupa; somos representantes del progreso nuevo que exige la autonomía territorial e individual para aplicarla libremente a la conquista industrial de la tierra, a la conquista intelectual de la verdad, a la conquista moral del bien. Para representar dignamente ese glorioso compuesto de ideas, necesitamos indispensablemente la absoluta posesión de nuestra tierra, el divorcio perpetuo de la vida española y de la nuestra, la nacionalidad propia que nos permita tratar de igual a igual con nuestros hermanos del Continente, la forma de gobierno que ellos han adoptado libremente, todas las garantías que debemos dar al continente de la democracia, de la república, del trabajo libre, del pensamiento libre, de la conciencia libre... España no puede darnos nada de eso<sup>6</sup>.

Digo todo esto no porque todavía tenga sentido perder el tiempo con recriminaciones injustas contra España y los españoles y las españolas de hoy. ¿A quién puede ocurrírsele tal desacierto? Lo digo (i) para aprovechar que, el pasaje citado, resume perfectamente el pensamiento político-económico de nuestro prócer y (ii) porque así como Puerto Rico no puede entenderse sin España, ni sin lo español, ni sin el “español” —como los hispanoamericanos llamamos a la lengua castellana— tampoco Hostos puede entenderse sin España. Su vida, de escritor y de apóstol cívico, estará mal entendida si no se estudia en relación con el “krausismo español” que posteriormente, como todo lo español en América, en mayor o en menor grado, se convierte en latinoamericano; un “krausismo latinoamericano” que todavía tiene mucho que aportar

---

<sup>4</sup>Sánchez Álvarez-Insúa, Alberto. “Moral social de Eugenio María de Hostos”. *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. marzo-abril de 2007, p. 216.

<sup>5</sup>Maldonado-Denis, Manuel. “Eugenio María de Hostos: sociólogo y maestro antillano”. En Hostos, Eugenio María de. *Moral social*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1982, p. XIX.

<sup>6</sup>O.c. IX, 249-250.

en España y en América para que no cejemos ni en la propaganda de los derechos fundamentales ni en el quehacer filosófico que los justifique.

Si el pensamiento hostosiano no hubiera sido el “racionalismo optimista”<sup>7</sup> propio del krausismo, si Hostos hubiera creído que sin holgura económica y sin las condiciones políticas ideales sería inviable el reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales, hubiera tenido que concluir, lógicamente, que ni en la América ni en la España de su momento había que ocuparse de tema. En consecuencia, no hubiera hecho nada ni hubiera escrito nada. No existiría razón alguna para mencionarlo en este congreso. Pero la ausencia de su nombre no sería lo más triste. Más vergonzoso que triste: este congreso ni siquiera tendría que celebrarse, pues estamos en tiempos de estrechez económica, de partidocracias y de instituciones carcomidas por la corrupción. Tendríamos que rendirnos ante los recortes presupuestarios que optan por estrechar los derechos y atender otros asuntos. Sin embargo, la vida y la obra de Hostos nos dicen que, precisamente en situaciones como las que vivimos hoy en nuestra patria iberoamericana, batallar por el reconocimiento de los derechos fundamentales, y hablar de su historia y de su justificación, son tareas más pertinentes y necesarias que nunca antes.

## 2. Eugenio María de Hostos

Nuestro prócer nació en Puerto Rico, en el municipio de Mayagüez, el 11 de enero de 1839. Murió en la República Dominicana el día 11 de agosto de 1903. Su formación académica, que ciertamente no fue mucha<sup>8</sup>, la recibió en Bilbao y en Madrid. Fue un autodidacta cuyas lecturas y estudios personales, fuera de las aulas universitarias y de las academias, le convirtieron en un polígrafo latinoamericano<sup>9</sup>; en un fundador de escuelas e institutos, en un científico de la pedagogía y de la sociología y, entre otras muchas ocupaciones, en un “Maestro y pensador del derecho”<sup>10</sup>. Fue un antillano que

---

<sup>7</sup>Pedreira, citada, p. 172.

<sup>8</sup>Guzmán, Ramón Antonio. *Derecho y derechos fundamentales: la propuesta hostosiana (Estudio de la obra jurídica de Eugenio María de Hostos)*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 2016, pp. 77-91.

<sup>9</sup>Hostos es una imagen vivísima e impresionante del polígrafo latinoamericano. Como Andrés Bello, Domingo Faustino Sarmiento, José Martí, y tantos otros constructores de nuestra América, se vio obligado a saber y a escribir de todo. No solo tenían que saber y escribir; tenían que actuar, trabajar, debatir, peregrinar, combatir. Sobre esta figura del polígrafo latinoamericano, véase: Berrios, Mario. “El filósofo latinoamericano, o la institución del polígrafo en la formación de la nacionalidad”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Valparaíso: Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 1985, pp. 79-92.

<sup>10</sup>Así le reconocieron, en 1986, los jóvenes editores de la *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*. Vol. LV, núm. 2, 1986.

peregrinó para buscar, donde fuese necesario, el apoyo moral y económico para su ideal: la independencia de Cuba —donde curiosamente nunca estuvo— y la de Puerto Rico.

Como a otras figuras de su tiempo —José Martí, Simón Bolívar, Domingo Faustino Sarmiento, entre muchos otros— no le fue dable detenerse en el punto donde el camino se bifurca y parece que obliga a optar por el pensamiento o por la acción. Había que identificar nacionalidades, libertar patrias, educar a todo un continente. Había que luchar contra la barbarie del colonialismo y la ignorancia. No se podía actuar sin pensar; pero no era el momento para pensar sin actuar. Por eso Hostos fue un constructor de caminos para sí mismo y para toda la América Hispana.

En la capital española, en 1848, cuando inició sus estudios en la recién inaugurada universidad madrileña, Hostos advino en contacto y mantuvo amistad con los krausistas españoles. A Julián Sanz del Río, en la misiva de 16 de enero de 1868, le llama “querido y venerable maestro” y le expresa todo su respeto.<sup>11</sup> La obra hostosiana, de claros timbres krausistas, refleja que Hostos no solo fue un discípulo de don Julián sino que también leyó y se empapó para siempre del contenido del *Ideal de la humanidad para la vida*, escrito por Krause y traducido por “el pensador de Illescas”<sup>12</sup>.

Como un krausista de pura cepa se presentó Hostos ante Latinoamérica para enseñar su ideario armónico y armonizador, es decir, sus ideas “claras y distintas”<sup>13</sup> sobre los derechos de libertad que tienen las personas y que tienen los pueblos a su independencia; sobre el derecho de la mujer a recibir una educación científica y sobre la necesidad de una liberación jurídica y moral para todos los oprimidos por las malas costumbres del gran capital y por las distintas formas de la corrupción. Identificado, en el *aquí y ahora* latinoamericano, con las “*masas* siempre despreciadas y siempre más dignas de aprecio que los que con ellas amasan su fortuna o su poder”<sup>14</sup>.

La realidad americana de su tiempo no la concibió como una lucha de la civilización contra la barbarie. De ese modo se hubiera perdido, como se perdió Sarmiento, en la afrenta contra lo propio, incluyendo el insulto a nuestros ancestros y

---

<sup>11</sup>*O.c.E.c.* III, I, pp. 18-19; *O.c.* IV, 12-13.

<sup>12</sup>Krause, K.Ch.F.; *Ideal de la humanidad para la vida* (trad. por Julián Sanz del Río). Madrid: Imprenta de F. Martínez García, 1871.

<sup>13</sup>Esta expresión, evidentemente cartesiana, es utilizada por Hostos en sus *Lecciones de derecho constitucional*. *O.c.* XV, 5.

<sup>14</sup>*O.c.E.c.* III, I, 184; *O.c.* II, 117 (énfasis en el original).

delirando por convertir la América del Sur en Estados Unidos (en los Estados Unidos de América)<sup>15</sup>.

Con mucho más alcance de miras, Hostos comprendió que la lucha por realizarse era mucho más grave y escabrosa: “Civilización o muerte”<sup>16</sup>; o alcanzamos la civilización o simplemente desaparecemos. Este fue el móvil y el objetivo final de toda su gestión educativa.

No se trata de una civilización entendida como un desprecio de lo propio y una idolatría de lo ajeno. Civilización es, para el Maestro antillano, vivir en un país donde las personas sepan leer, escribir y pensar; es vivir en libertad e igualdad; es convivir en una nación soberana que se organice jurídicamente, en un país cuyos ciudadanos sean los verdaderos titulares y tenientes del poder. Vivimos civilizadamente cuando no despreciamos ni apartamos a quien consideramos que, por ser diferente, es “salvaje” o inferior; cuando reconocemos su dignidad, su condición de “perfectibilidad”<sup>17</sup> y contribuimos a que se desarrolle plenamente mediante el reconocimiento constitucional y el ejercicio de su derecho a la educación y de los demás derechos fundamentales. La civilización es el progreso y la prosperidad de todos; es vivir en paz.

### 3. El activismo hostosiano

No tenemos aquí el tiempo necesario para detenernos en los detalles de la vida de Hostos que le acreditan como un firme activista y defensor de los derechos fundamentales. Sí puede decirse, a modo de resumen, que Hostos exhibió, en su vida y en su obra escrita, un gran afán por oponerse, según el ideario krausista, “*a todo despotismo y a todo absolutismo político*” y *observar una afirmación coherente de los principios y postulados humanistas y liberales*”<sup>18</sup>. Así se entiende su entrega al estudio

---

<sup>15</sup>“Seamos Estados Unidos”. Sarmiento, Domingo Faustino. “Conflicto y armonía de las razas en América”. En Ripoll, Carlos (editor). *Conciencia intelectual de América. Antología del ensayo hispanoamericano (1836-1959)*. Nueva York: Las Américas Publishing Company, 1966, p. 100. Más adelante afirma: “... quisiéramos apartar de toda cuestión social americana a los salvajes, por quienes sentimos, sin poderlo remediar, una invencible repugnancia, y para nosotros Colocolo, Lautaro, Caupolicán, no obstante los ropajes civilizados y nobles de que los revistiera Ercilla, no son más que unos indios asquerosos, a quienes habríamos hecho colgar y mandaríamos colgar ahora, si reapareciesen en una guerra de los araucanos contra Chile, que nada tiene que ver con esa canalla.” Domingo Faustino Sarmiento, “El sistema colonial”, en: Ripoll, Carlos, citada, p. 74.

<sup>16</sup>*O.c.* X, 437.

<sup>17</sup>“La perfectibilidad es una condición de nuestra vida individual, porque en cada individuo racional y consciente se manifiesta el plan de la naturaleza humana, que se concreta en cada ser como si de él dependiera la consumación de todos los fines humanos”; en virtud de ella “vivimos para perfeccionarnos”. *O.c.* XV, 189.

<sup>18</sup>El ideario de Krause y su importancia en medio de la realidad política de España (y también de las naciones latinoamericanas que buscaban su liberación durante el siglo XIX), aparece perfectamente ex-

y a la defensa de los derechos fundamentales. Hostos fue una voz de los más necesitados de su tiempo: la mujer, los indios, los obreros chinos, los oprimidos por el poder ilegítimo. Se levantó para acusar al prevaricador y al oportunista Tampoco supo callar ante los diseñadores de supuestas reformas jurídicas y educativas que, en realidad insistían, con nombres nuevos, en lo ya caduco.

Su propuesta principal consiste, precisamente, si la expresamos con el lenguaje de hoy, en el llamado a un activismo de todos. Tratándose de los derechos fundamentales, los activistas no pueden ser dos o tres. Cada uno, cada una tiene el deber de proclamar y defender, mediante el ejercicio del derecho propio, el derecho de los demás. Dice:

Derecho no ejercitado, no es derecho; derecho no vivido no es derecho; derecho pasivo no es derecho. Para que él sea en la vida lo que es en la esencia de nuestro ser, hay que ejercitarlo. Ejercitarlo es cumplir con el deber de hacerlo activo, positivo y vivo. Ejercitarlo es armarlo. Armado del deber, el derecho no necesita para nada la fuerza bruta<sup>19</sup>.

Por lo tanto: los derechos no viven en las declaraciones; urge su presencia consciente y diligente en la vida diaria —también en la extraordinaria— de todos los hombres y de todas las mujeres que integran la nación.

#### **4. Hostos: el pensador de los derechos fundamentales**

Llegado a Santo Domingo en 1879, luego de su peregrinación por Latinoamérica, Hostos comienza la más grande de sus gestas educativas: la fundación de la Escuela Normal para maestros, la cual dirige hasta 1888. También se dedica a la enseñanza del derecho, especialmente del derecho penal y el constitucional. En 1887, antes de marcharse a Chile para emprender y realizar, durante otros diez años, una gestión parecida a la ya desplegada en la República Dominicana, Hostos publicó sus *Lecciones de derecho constitucional* (“*Lecciones*”)<sup>20</sup>. Puede decirse que estas

---

puesto y resumido en: Díaz, Elías. “La Institución Libre de Enseñanza y el Partido Socialista Obrero Español”. En Funke, Gerhar y otros. *Reivindicación de Krause*. Madrid: Fundación Friedrich Ebert, Instituto Fe y Secularidad, Instituto Alemán de Cultura, 1982. También puede verse, del mismo autor, el estudio excelente del pensamiento jurídico-político del krausismo español: *La filosofía social del krausismo español*. Valencia: Fernando Torres-Editor, 1983; y Rodríguez de Lecea, Teresa y otros. *El krausismo y su influencia en América Latina*. Madrid: Fundación Friedrich Ebert e Instituto Fe y Secularidad, 1989.

<sup>19</sup>O.c., XVI, 172.

<sup>20</sup>O.c., XV.

*Lecciones*, más que escribirlas para sus alumnos, estos las escribieron para él. Ellos tomaban apuntes durante las clases que Hostos dictaba y un día se las presentaron, prácticamente listas para su publicación.

Las *Lecciones* son el primer texto latinoamericano donde aparece una valoración y una justificación filosófico-jurídica de los derechos fundamentales. De ahí que se conviertan en el gran tratado de derecho constitucional en nuestro continente. También don Adolfo de Posada, de la segunda generación de krausistas españoles, las aplaudió con entusiasmo:

Del libro de Hostos puede afirmarse que hay pocos en Europa en estos tiempos en que se exponga de una manera más ordenada y sistemática la teoría del Gobierno constitucional representativo. Es, como libro didáctico, o si en este género de estudios fuera posible, como libro de texto, de calidad superior, infinitamente superior a muchísimos de los que andan en manos de nuestros estudiantes de Universidad.<sup>21</sup>

En las *Lecciones*, su autor arranca del catálogo de derechos que le proporciona la Constitución de los Estados Unidos de América. Va mucho más lejos que las fuentes que le ayudaron a comprender el derecho constitucional norteamericano —especialmente el Colombiano Florentino González y el norteamericano Frederick Grimke— y presenta una sólida argumentación sobre el *porqué* y el *para qué* de los derechos fundamentales.

El razonamiento lo realiza desde un enfoque dualista: (i) uno individualista o personalista, que observa y analiza las condiciones naturales del ser humano y (ii) otro *social*, que toma en cuenta los beneficios sociales propiciados por el reconocimiento y la vivencia de los derechos fundamentales. En el primero, presenta y describe una condición observada en el ser humano y explica el derecho que de ella se deriva (v.g. de la condición de perfectibilidad deriva el derecho a “la educación y la cultura”)<sup>22</sup>. Esto le conduce, en algunos casos, a utilizar una nueva denominación de los derechos fundamentales (v.g. la condición es la vida y el derecho es a “la inviolabilidad de la existencia”)<sup>23</sup>. En el segundo enfoque se razona a la inversa, pues se habla primero del reconocimiento del derecho y este luego se conecta con el bien social derivado.

Estos enfoques tienen su origen en el krausismo (el enfoque individualista) y en la obra de Grimke (el enfoque social). Constituyen, indudablemente, el más im-

---

<sup>21</sup>De Posada, Adolfo. “El libro del [Sr.] Hostos sobre Derecho constitucional”. En Comisión del Centenario de Hostos (compiladora). *América y Hostos*. La Habana, Cuba: Cultural, 1939, p. 329.

<sup>22</sup>O.c. XV, 187.

<sup>23</sup>O.c. XV, 152.

portante de los esfuerzos del ideario armonizador de Hostos: pensar la constitución de los Estados Unidos con categorías krausistas y pasar, por el tamiz de Krause, la doctrina de los constitucionalistas norteamericanos.

Me conformo, aquí, con presentar un solo ejemplo. Hostos llama “derechos de conciencia” a los que provienen de la condición de racionalidad, que es el conjunto de las operaciones “por cuyo medio funciona el juicio y se exterioriza o manifiesta.”<sup>24</sup> Uno de estos derechos de conciencia es la “libertad de palabra”, cuya justificación es la siguiente:

La palabra, instrumento de la razón, *ipso facto* es instrumento de la conciencia. Oponerse al ejercicio del instrumento es oponerse al ejercicio del agente que lo emplea. Palabra cohibida y conciencia esclava son locuciones equivalentes. Para que sean libres la conciencia y todas las facultades que ella subordina, es necesario que tengan en la ley sustantiva del Estado la facultad de expresarse que les dio la naturaleza previsor<sup>25</sup>.

Estos derechos de libertad también están justificados, como se ha dicho, por la utilidad y la paz social que su reconocimiento genera y, de este modo, se facilita grandemente la tarea de gobernar:

Dotada constitucionalmente de ellos, como lo está por la naturaleza, la individualidad humana se reconcentra en sus derechos, y, por decirlo así, se elimina espontáneamente del problema social. Entonces, no teniendo el Estado que ocuparse de ella, y abandonada a sí misma, se reconcentra a su vez en sus propios fines, que son los colectivos, los sociales, los humanos, y la tarea de gobernar se simplifica súbitamente, quedando concentrada a lo que en esencia es: el régimen de los grupos por medio del derecho. Gobernándose el individuo según sus propias facultades, cada una de las instituciones del Estado queda desembarazada de la carga que para cada una de ellas es el inútil enfrentamiento de las fuerzas individuales, y todas las instituciones se fortalecen en razón de lo que se concretan al régimen y gobierno del grupo social a que se consagran<sup>26</sup>.

El reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales debe ser, en consecuencia, un verdadero reconocimiento jurídico; no un mero desiderátum expre-

---

<sup>24</sup>O.c. XV, 153. A primera vista, pareciere que hay una inobservancia del modelo de justificación, pues el texto produce la impresión de que existe cierta identidad entre la condición y los derechos que de ella se derivan. Pero lo que ocurrió, según lo veo, fue que Hostos utilizó una circunlocución demasiado larga para decir “pensamiento”. Por lo tanto, la afirmación que realmente hace es: de la condición de racionalidad, se deriva el derecho a pensar.

<sup>25</sup>O.c. XV, 166.

<sup>26</sup>O.c. XV, 126-127.

sado en la ley fundamental; debe estar libre de fisuras por las que puedan colarse su esencia.

Este es el caso, por ejemplo, de la Constitución Española de 1978. En el Título Primero, Capítulo II, Sección I, artículos del 15 al 29, están reconocidos los derechos fundamentales y las libertades públicas. Este reconocimiento se pone a prueba y en peligro de limitaciones en las leyes orgánicas que autorizan y en las normas jurisdiccionales que privan del recurso de amparo en los arts. 53, 1 y 161, 1, b) de la misma Constitución, y que reducen tales derechos a un “contenido esencial”<sup>27</sup>.

Para Hostos los derechos fundamentales son “necesarios” y “absolutos”<sup>28</sup>. Ciertamente, no todos los derechos pueden tener tal reconocimiento. Es imposible porque, en determinadas circunstancias, los derechos de uno pueden chocar con los del otro, y ello obligará a las instancias jurisdiccionales a procurar balances y a determinar la medida en que deba afectarse cada interés. Pueden entrar en pugna, por ejemplo, los derechos de intimidad de una persona con los mismos derechos de otra; también los derechos de una de estas personas y el de la prensa a informar. Cada caso requiere sus propios ajustes. Pero ni el ordenamiento legislativo ni la jurisdicción pueden estrecharlos sin una justificación clarísima.

## 5. Valoración

El método de justificación ideado y aplicado por Hostos en las *Lecciones* puede recibir las críticas más duras. Puede acusársele de iusnaturalismo, de racionalismo y de muchos ismos más. Podría llegarse al extremo de menospreciarlo por desfasado. Esto sería un error lamentable. En primer lugar: porque nadie tiene ni puede abarcar la verdad total. Por lo tanto: nadie puede decir que hay una sola vía para justificar los derechos fundamentales. Al final del camino, todos los iusfilósofos dedicados al tema tienen algo que aportar. En segundo lugar: porque las herramientas hostosianas, si bien consideran las consecuencias sociales del ejercicio de los derechos

---

<sup>27</sup>Art. 53, 1: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

Art. 161, 1, b): “El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:... b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.”

<sup>28</sup>O.c. XV, 131 y 143. Sin embargo, el mismo Hostos reconoce que hay derechos, como el de reunión y asociación, a los que puede imponerse algún límite (O.c. XV, 184). También dice que el abuso “es el límite natural de todo derecho”. (O.c. XV, 187).

fundamentales, su punto de partida es el individuo, la persona; lo que resulta ser una postura incontestable. La justificación de los derechos fundamentales no puede tener otra fuente.

Si partimos de un fundamento distinto puede ocurrirnos lo que le ocurrió al Tribunal Supremo de Puerto Rico (“TSPR”) en el caso de *Castro c. Tiendas Pitusa*<sup>29</sup>, que es solamente uno entre muchos ejemplos posibles.

El demandante (Castro) a quien la ley le reconoce el título de propiedad de los bienes muebles que lleva consigo<sup>30</sup>, entró en un almacén y allí compró y pagó cierta mercancía. Cuando se dispuso a salir, un guardián privado le requirió que se detuviera y presentara prueba de no haberse apropiado ilegalmente de las cosas que llevaba en una bolsa. Castro se indignó por la ilicitud del requerimiento y por sentir que le vieran “cara de pillo”; se negó a satisfacer la solicitud del guardián. Este llamó a su supervisor, quien llegó para a informarle a Castro que en las Tiendas Pitusa imperaba una ley propia y que, entrar allí voluntariamente, implicaba la aceptación tácita de esa ley. Aunque no le arrestaron, sí le detuvieron para explicarle, sin haberlo solicitado, los procedimientos de la tienda y del gran avance de los aparatos *sensormatic* allí instalados. Todo ese proceso duró más de diez minutos y menos de quince (que ciertamente no es poco tiempo). Durante este intervalo no hubo contacto físico alguno entre el demandante y los agentes de la demandada.

El TSPR dice en la sentencia: “No vemos cómo puede existir, ante tales circunstancias, un derecho de intimidad”<sup>31</sup>. Seguro que no puede verlo; pues no miró a Castro, que era a quien tenía que mirar. Fijó la mirada en los bienes y en la mercancía de las Tiendas Pitusa. Incluso le permite a esta lo que ha querido evitar en otras circunstancias: concederle, a un ente privado, “una licencia para crear un mundo aparte”<sup>32</sup>.

Hostos, centrado en la persona y en cómo la protege el texto constitucional, hubiera llegado a otro resultado, pues la carencia de una visión centrada en el sujeto, no en su patrimonio, es la que confunde el argumento y conduce a fundamentar el fallo en un supuesto “deber que tiene toda persona de cooperar en la lucha contra el crimen”<sup>33</sup>. ¿De

---

<sup>29</sup>159 DPR 650 (2003).

<sup>30</sup>Cfr. Art. 393 del *Código civil* de Puerto Rico (CcvPR), 31 LPRA sec. 1479. Este artículo es idéntico al 464 del *Código civil* de España. El Tribunal Supremo de España se ha decantado por la interpretación que considera que la norma, pautada en el referido artículo, da lugar a la titularidad. Véase la Sentencia de 26 de junio de 1984.

<sup>31</sup>159 DPR 650, 661 (2003).

<sup>32</sup>*Sucn. de Victoria c. Iglesia Pentecostal*, 102 DPR 20, 22 (1974) y *Díaz c. Colegio Nuestra Sra. del Pilar*, 123 DPR 765, 781 (1989).

<sup>33</sup>159 DPR 650, 656 (2003).

dónde surge tal deber? ¿De la *ConstPR*? ¿De la ley? De ningún sitio, salvo del razonamiento aducido en la sentencia.

Lo peor del supuesto deber de cooperar en la lucha contra el crimen es, justamente, que no conduce a ningún lugar. Son muchas las medidas estatales que ya afectan a los ciudadanos sin que se produzca avance alguno en la lucha contra la delincuencia. *Verbi gratia*: (i) la existencia de penas desmesuradas en nuestras leyes penales, (ii) la actitud de la “*mano dura*” contra el crimen de la que tanto se jactan las distintas administraciones, y que ha producido, en un breve periodo de doce años, dos códigos penales<sup>34</sup>; (iii) la “*doble vara*” que, en los casos criminales, hace algunos años denunció valientemente el propio Secretario de Justicia de Puerto Rico, lo que le valió una fuerte reprimenda por parte del TSPR<sup>35</sup>; (iv) los “*bloqueos*” que la policía realiza esporádicamente en las carreteras para examinar si los conductores exhiben alguna conducta ilegal; (v) los llamados “*operativos fatulos*”<sup>36</sup>, y los que no son tan fatulos, que también realiza la policía; (vi) las noches de actividad policial, en las que se aparejan los agentes puertorriqueños con los norteamericanos, para generar —en una sola madrugada— más de ochocientos arrestos, de los cuales la mayoría, por su ilicitud o su torpeza, no dan pie a las acusaciones que correspondería presentar; (vii) la “*scintilla de prueba*” como único requisito probatorio para determinar la constitucionalidad de un arresto, lo que resulta en un criterio muy liviano para el fiscal acusador y muy pesado para la persona arrestada; (viii) los cuatro intentos por limitar el derecho constitucional a la fianza<sup>37</sup>, (ix) la complicidad con las autoridades federales para imponer la pena de muerte, la cual está expresamente prohibida en la Constitución de Puerto Rico (“*ConstPR*”).

Añada usted los que quiera; todos resultarán tan inefectivos como los ya mencionados. Es decir, no existe ninguna razón válida para limitar, a favor de las Tiendas Pitusa, los derechos del señor Castro a la propiedad, la libertad y la intimidad.

---

<sup>34</sup>Me refiero al *Código penal* de Puerto Rico de 2004, 33 LPRA secs. 3001 *et seq.* y al *Código penal* de Puerto Rico de 2012, 33 LPRA secs. 5001 *et seq.*

<sup>35</sup>*In re: Queja presentada contra el Secretario de Justicia*, 174 DPR 453 (2008).

<sup>36</sup>El 5 de noviembre de 2001 la Policía de Puerto Rico llevó a cabo un operativo irreal; anunció una diligencia policial que no había sido realizada sino orquestada por varios oficiales de alto mando del cuerpo policiaco, incluyendo al propio superintendente. El propósito era obvio: enviar, a la opinión pública, el mensaje de que la policía estaba luchando contra la criminalidad y que había sido efectiva. A este tipo de gestión policiaca es a la que se le ha denominado “operativo fatulo”. Cfr. Waldo D. Covas Quevedo, “Más sanciones por el operativo fatulo”, *El Nuevo Día* (San Juan de Puerto Rico), 28 de febrero de 2008.

<sup>37</sup>El intento lo han diligenciado los gobernadores Rafael Hernández Colón en 1976, Carlos Romero Barceló en 1980, Pedro Roselló en 1994 y Luis Fortuño en 2014. Afortunadamente, en el primero de los conatos, la legislatura le cerró el paso al gobernador y, en los últimos tres, el pueblo ha votado en contra de la enmienda propuesta. Cfr: Perla Franco, “Por cuarta ocasión el gobierno quiere eliminar el derecho absoluto a la fianza”. Disponible en la página informática Red Betances”.

Afortunadamente, para quienes habitamos en Puerto Rico, las Tiendas Pitusa quebraron hace unos años. Ojalá que el señor Castro, donde quiera que esté, viva en paz.

Me parece obligatorio señalar que no siempre ha imperado la misma carencia de sensibilidad que exhibe la sentencia en el caso de *Castro*. Mucho más antigua y mucho más atinada es la sentencia en el caso de *Muriel c. Suazo*<sup>38</sup>, dictada en 1951. En esta se le concedió una indemnización al señor Muriel, a quien —por ser “de color”, es decir, negro— se le impidió entrar en un restaurante y salón de baile. El TSPR expresó:

... es bueno recordar que quizás el daño causado por una humillación como la sufrida por los demandantes en este pleito es de más importancia que muchos daños físicos. Es en el alma de los hombres —y no en el pigmento de la piel— donde se anidan las sensibilidades y los valores del espíritu, que siempre se quiebran más hondamente por el impacto de la agresión moral que por el impacto de la agresión física<sup>39</sup>.

Nuestros repertorios jurisprudenciales necesitan más sentencias que expresen esta sensibilidad. Hostos puede, todavía, ayudarnos muchísimo; en sus *Lecciones* nos recuerda continuamente que sin persona no hay derecho y que, por esta razón, los operadores jurídicos (jueces, abogados, fiscales, policías, etc.) han de actuar con los ojos fijos en el sujeto, en la persona, en el ser humano, en el hombre, en la mujer, en el niño y en la niña, en el viejo y en el joven y en cualquier manifestación de la vida humana.

## 6. Conclusión

Para concluir, insisto una vez más en la necesidad que tenemos en Puerto Rico, y en cualquier otro lugar donde falte libertad e igualdad, de estudiar la vida y la obra de Eugenio María de Hostos. Le necesitamos para que nos contagie su entusiasmo combativo. Le necesitamos para que nos inspire en la lucha contra las instituciones coloniales. Le necesitamos para que nos ayude a liberarnos del pago de las deudas inmorales, inconstitucionales e impagables. (En Europa tampoco resulta extraño hablar de estos temas.) La obra de Hostos estará inconclusa mientras no se alcance la liberación de todas las patrias y de todos los hombres y de todas las mujeres que habitamos en el archipiélago boricua o en cualquier lugar del orbe donde no exista el reconocimiento de

---

<sup>38</sup>72 DPR 370 (1951).

<sup>39</sup>72 DPR 370, 375 (1951)

la dignidad del ser humano ni de los derechos necesarios para su desarrollo personal y cívico.

### **Referencias Bibliográficas**

Bosch, Juan. *Hostos, el sembrador*. Río Piedras, Puerto Rico: Huracán, 2002.

De Posada, Adolfo. “El libro del [Sr.] Hostos sobre Derecho constitucional”. En Comisión del Centenario de Hostos (compiladora). *América y Hostos*. La Habana, Cuba: Cultural, 1939.

Guzmán, Ramón Antonio. *Derecho y derechos fundamentales: la propuesta hostosiana (Estudio de la obra jurídica de Eugenio María de Hostos)*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 2016.

María de Hostos, Eugenio. *Obras completas. Edición crítica*. San Juan de Puerto Rico: Instituto de Estudios Hostosianos de la Universidad de Puerto Rico, 1989.<sup>40</sup>

----- *Obras completas* (2da. ed. Facsimilar de la conmemorativa del centenario). San Juan de Puerto Rico: Ediciones Boriquen y Editorial Coquí, 1969.

Pedreira, Antonio S. *Hostos: Ciudadano de América*. San Juan de Puerto Rico, Instituto de Cultura Puertorriqueña, 1964.

---

<sup>40</sup>Véase la nota al alce núm. 1 de esta ponencia.

## IV. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EUROPA Y EN BRASIL



# OS DIREITOS HUMANOS NA UNIÃO EUROPEIA

## HUMAN RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION

Isabel Baltazar\*  
*FCSH/UNL*

**Resumo:** Os direitos humanos na União Europeia são o ponto de chegada de uma longa caminhada da humanidade para fazer respeitar a vida e a dignidade do Homem no mundo. Este percurso foi difícil e sinuoso, com avanços e recuos, mas assumido como fundamental a partir da segunda guerra mundial, após a mortalidade catastrófica resultante do custo da guerra e cujos sobreviventes sentiram bem a necessidade de construir a paz e de preservar a vida. O respeito pela dignidade humana e pelos direitos do homem são valores fundamentais assegurados desde o início do processo de construção europeia e aprofundados, passo a passo, até à actualidade. Este estudo mostra a herança da União Europeia em matéria de Direitos Humanos a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, para chegar ao seu próprio caminho contido na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

**Palavras- Chave:** Direitos Humanos, SDN, ONU, Conselho da Europa, União Europeia.

**Abstract:** Human rights in the European Union are the culmination of a long march of humanity to respect life and human dignity in the world. This route was difficult and winding, with advances and setbacks, but assumed as fundamental from the second world war, after the catastrophic mortality resulting from cost of war and whose survivors felt well the need to build peace and preserve life. Respect for human dignity and human rights are fundamental values guaranteed from the beginning of the European construction process and in-depth, step by step, to the present. This study shows the heritage of the European Union on Human Rights from the Universal Declaration of Human Rights and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, to reach your own path contained in the Charter of Fundamental Rights European.

**Keywords:** Human Rights, SDN, UN, Council of Europe, European Union.

Nascendo as guerras no espírito  
dos homens, é no espírito dos homens  
que devem ser erguidos os baluartes da paz<sup>1</sup>.

### 1. Introdução

“Se queremos alcançar a verdadeira paz no mundo e travar uma guerra contra a guerra, teremos de começar pelas crianças”<sup>2</sup>. Esta frase de Ghandi, proferida 17 anos antes de

---

\* Isabel Baltazar é Doutorada em História e Teoria das Ideias. Especialidade de História das Ideias Políticas. É bolsista de pós-doutoramento da FCT e investigadora do Centro de Estudos Interdisciplinares do século XX (CEIS 20) da Universidade de Coimbra e do Instituto de História Contemporânea da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa (FCSH/UNL).  
ibaltazar@fcs.unl.pt

<sup>1</sup> Acto Constitutivo da Unesco.

ser proclamada a Declaração Universal, demonstrava já naquele tempo uma consciência de que a educação era o caminho para a paz e o respeito pelos direitos humanos. Aqui estava a semente da esperança para que a paz no mundo e o pleno respeito pelos Direitos Humanos deixassem de ser utopia.

Os direitos humanos na União Europeia são o ponto de chegada de uma longa caminhada da humanidade para fazer respeitar a vida e a dignidade do Homem no mundo. Este percurso foi difícil e sinuoso, com avanços e recuos, mas assumido como fundamental a partir da segunda guerra mundial, após a mortalidade catastrófica resultante do custo da guerra e cujos sobreviventes sentiram bem a necessidade de construir a paz e de preservar a vida. O respeito pela dignidade humana e pelos direitos do homem são valores fundamentais assegurados desde o início do processo de construção europeia e aprofundados, passo a passo, até à actualidade.

Neste contexto, deve recordar-se o papel fundamental da Organização das Nações Unidas (ONU), nascida precisamente para evitar um novo flagelo da guerra e que anuncia no seu preâmbulo:

Nós, os Povos Unidos das Nações Unidas resolvimos a preservar as gerações vindouras vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das grandes e pequenas nações<sup>3</sup>.

O fim desta declaração de intenção de respeitar os direitos do Homem no Mundo, é o de “praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz”<sup>4</sup>. Esta paz é o baluarte para respeitar o fundamental direito humano à vida e para permitir o “progresso económico e social de todos os povos”<sup>5</sup>. Esta carta, assinada a 26 de Junho de 1945, seria o primeiro passo para fazer respeitar os Direitos Humanos no Mundo, e, ainda hoje, a pedra lapidar do Direito Social da União Europeia.

É durante as grandes guerras que o balanço da perda de milhões de vida, mostra a necessidade da paz para garantir a defesa dos direitos humanos, perante a evidência comentada por Paul Valéry, a seguir à primeira grande guerra, de que “Nous

---

<sup>2</sup> Ghandi, Mahatma. *Discurso em Montessori Training College*. Londres, 28 de Dezembro de 1931.

<sup>3</sup> "Preâmbulo da Carta das Nações Unidas". In *Principais Textos de Direito Internacional*. Lisboa: Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1988, p.17.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

autres, civilisations, nous savons maintenant que nous sommes mortelles”<sup>6</sup>. É este o sentimento que congrega os estados a respeitarem os direitos humanos e, dentro destes, a defesa essencial do direito à vida. É também esta evidência da morte e da perda para todas as civilizações, que serve de motor para os esforços de unidade europeia para preservar a paz, logo a seguir ao primeiro grande conflito à escala mundial. Lembremos a visão Pan-europeia de Coudenhove-Kalergi e a acção diplomática de Aristides Briand, para tornar realidade uma união europeia em torno do respeito essencial pelos direitos humanos neste velho continente, onde ainda é possível recriar a vida:

Tout ne s’est pás perdu, mais tout s’est senti périr. Un frisson extraordinaire a couru la moelle de l’Europe. Elle a senti, par tous ses noyaux pensents, qu’elle ne se reconnaissait plus, qu’elle cessait de se ressembler, qu’elle allait perdre conscience - une conscience acquise par dès siècles de malheurs supportables, parhances géographiques, ethniques, historiques, innombrables<sup>7</sup>.

Refira-se o esforço fundamental da Sociedade das Nações a este propósito de preservar a todo o custo a paz e o respeito pelos direitos do homem na Europa e no mundo que, também, no seu preâmbulo estabelece como princípio fundamental “desenvolver a cooperação entre as Nações e lhes garantir a paz”<sup>8</sup>, para preservar os direitos do homem no mundo. É em tempos de guerras que se reconhece a necessidade de preservar a paz, valor fundamental, para assegurar o respeito da dignidade da vida e dos Direitos do Homem.

## **2. Os Direitos humanos na União Europeia. Esboço histórico de um longo percurso**

### **2. 1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos**

O primeiro grande passo para a afirmação dos Direitos Humanos no Mundo, e ponto de partida para o percurso percorrido até à actualidade pela União Europeia, foi a assinatura a 10 de Dezembro de 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Esta declaração é um marco decisivo para a afirmação dos Direitos do Homem no Mundo. Nela estão contidos os princípios fundamentais da dignidade da vida: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da

---

<sup>6</sup> Valéry, Paul. “La crise de l’Esprit”. In *Variété I et II*. Paris: Éditions Gallimard, 1928, p.13.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p.15.

<sup>8</sup> “O Pacto da Sociedade das Nações”. In *Principais Textos de...*, p.3.

liberdade, da justiça, e da paz no mundo”<sup>9</sup>. Também consigna uma relação pacífica entre as nações, sendo o corolário das lições aprendidas das guerras:

Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do homem<sup>10</sup>.

Neste texto fundamental é garantido um estado de direito em que não seja necessário o recurso à revolta contra a tirania e a opressão, e, entre as nações, relações amistosas que evitem a emergência de novos conflitos. Estes princípios estão ligados ao espírito da Carta das Nações Unidas, onde está subscrito que “os povos das Nações Unidas, proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres”<sup>11</sup>, e, para isso, “se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla”<sup>12</sup>. Do exposto, fica claro que para fazer respeitar os Direitos Humanos, é necessário um Estado que preze a liberdade, caminho para a paz. É neste contexto, que os Estados membros se comprometem, num clima de cooperação com a Organização das Nações Unidas, a fazer respeitar os direitos do homem e as liberdades fundamentais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem tem esse carácter “universal”, ou seja, tem como ideal comum atingir todos os povos e todas as nações, fomentando um espírito de cooperação que torne possível a realização desse caminho, ainda sem ter sido percorrido, mas uma meta a atingir pelo “ensino e pela educação, por desenvolver o respeito nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais”<sup>13</sup>. Como é explícito, só pelo ensino e pela educação é possível criar um espírito de paz entre as nações e o conseqüente respeito pelos direitos humanos. As mentalidades não mudam por leis, mas por uma educação para valores fundamentais. A carta tinha como objectivo fundamental preservar as gerações futuras do flagelo da guerra e assumia como consciência de que era nos espíritos que começava a guerra e, por isso, era

---

<sup>9</sup> *Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem* de 10 de Dezembro de 1948.

<sup>10</sup> *Ibidem.*

<sup>11</sup> *Ibidem.*

<sup>12</sup> *Ibidem.*

<sup>13</sup> *Ibidem.*

também neles que se tinham de erguer os baluartes da paz. Esta educação para a paz tem como ponto de partida a premissa de que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para os outros em espírito de fraternidade”<sup>14</sup>. E a seguir, fica explícito de que “todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação”<sup>15</sup>. Em consequência, são garantidos os direitos à vida, à liberdade e à segurança pessoal<sup>16</sup>, e proibida qualquer forma de violência ou escravatura, assumindo internacionalmente o princípio fundamental de que “todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei”<sup>17</sup>, não permitindo qualquer forma de discriminação. Ninguém pode ser acusado sem ser julgado, nem ter a sua vida privada ameaçada por intromissões, bem como todos podem circular livremente dentro do seu Estado e a procurar asilo em outros países se for ameaçado. Para além da nacionalidade e do direito de propriedade e de viver em família, elemento natural e célula fundamental da sociedade, toda a pessoa tem direito “à liberdade de pensamento, de consciência e de religião”<sup>18</sup>, “liberdade de opinião e de expressão”<sup>19</sup>, e, ainda, “liberdade de reunião e de associação pacíficas”<sup>20</sup>, bem como o direito a outras liberdades fundamentais: segurança social, direitos económicos, sociais e culturais, trabalho e protecção contra o desemprego<sup>21</sup>. É garantido a todos os seres humanos uma vida digna, material e espiritual, à protecção da maternidade e infância, ou seja, acautelar as situações de maior fragilidade social<sup>22</sup>. E a Declaração termina em espírito de unidade com os próprios princípios das Nações Unidas, enunciados pela Assembleia Geral que proclamou a carta, com a consciência clara de que é necessário percorrer um caminho de educação para todos, o único que leva à educação para a paz e respeito pelos direitos Humanos: “Toda a pessoa tem direito à educação”<sup>23</sup> e esta tem como corolário a “plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, artº 1º.

<sup>15</sup> *Ibidem*, artº 2º.

<sup>16</sup> *Ibidem*, artº 3º.

<sup>17</sup> *Ibidem*, artº 7º.

<sup>18</sup> *Ibidem*, artº 18º.

<sup>19</sup> *Ibidem*, artº 19º.

<sup>20</sup> *Ibidem*, artº 20º.

<sup>21</sup> *Ibidem*, artºs 22º e 23º.

<sup>22</sup> *Ibidem*, artºs 24º e 25º.

<sup>23</sup> *Ibidem*, artº 26º.

homem e das liberdades fundamentais”<sup>24</sup>. Este reforço só é possível através de uma educação para os valores, explicitamente referidos na declaração: “a educação deve visar a plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”<sup>25</sup>, acrescentando os valores da “compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos”<sup>26</sup>, sempre para a manutenção da paz.

Nesta análise, podemos concluir que na Declaração Universal dos Direitos do Homem estão contidos os princípios fundamentais da dignidade humana a desenvolver pelo Conselho da Europa e pela União Europeia, e que tiveram aqui um ponto de partida, mas, ainda, não chegaram ao fim da sua realização. Um caminho em que todos os dias precisa de empreender um novo passo.

## **2.2. Os Direitos Humanos no Conselho da Europa**

O Conselho da Europa revelou-se uma organização de cooperação de sucesso, desde a sua criação a 5 de Maio de 1949, aos dias de hoje, partindo da sua original finalidade de “realizar uma união mais estreita entre os seus membros a fim de salvaguardar e promover os ideais e princípios que constituem o seu património comum e favorecer o seu progresso económico e social”<sup>27</sup>. O Estatuto especifica que o principal objectivo desta organização é a discussão e a promoção de assuntos de interesse comum dos estados, onde se incluem a educação, a cultura e o desenvolvimento dos direitos humanos. Desde a sua criação, muitos tratados e convenções sobre estas temáticas foram elaborados e abertos à assinatura no seu quadro institucional, contribuindo para a criação de um vasto espaço jurídico europeu sobre estas matérias.

Trata-se, efectivamente, de uma organização com mais de meio século de existência, e que se revelou, após o termo da Segunda Guerra mundial, como um instrumento de afirmação dos princípios éticos e políticos subjacentes à ordem jurídica e constitucional dos Estados, promovendo uma cultura de valores comuns como a liberdade, a democracia pluralista e o primado do Direito.

Embora originariamente vocacionada para servir de contraponto às democracias populares de Leste, o Conselho da Europa teve, desde o seu início, a rara virtualidade de não se deixar contaminar pelo pragmatismo da guerra fria, levando a que

---

<sup>24</sup> *Ibidem.*

<sup>25</sup> *Ibidem.*

<sup>26</sup> *Ibidem.*

<sup>27</sup> *Estatuto do Conselho da Europa*. Londres, 5 de Maio de 1949, artº1º.

as ditaduras ibéricas fossem dele saudavelmente afastadas. Portugal terminaria esse afastamento em 1976, quando o novo Estado democrático foi admitido nesta organização e passou a assumir os seus valores lapidares. Com a queda do bloco soviético, e a progressiva adopção pelas novas democracias no Centro e no Leste do continente, do novo padrão de princípios que já seguia o seu curso no Ocidente, o Conselho da Europa adquire um maior peso e vitalidade. Este alargamento abriu caminho a maior dimensão da sua influência, sem desvirtuar os seus princípios de valores rigorosos. Embora, por vezes, com pouca visibilidade, face à própria União Europeia e a estruturas como a Organização de Segurança e de Cooperação na Europa (OSCE), o Conselho da Europa tem seguido o seu caminho. Tem sabido empreender um esforço de desenvolvimento de um acervo de regras e de condutas de Estados, nos mais diversos domínios, também no que respeita aos direitos humanos. Neste capítulo é de destacar a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

### **2.2.1. A Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**

O texto da Convenção, assinada em Roma, a 4 de Novembro de 1950, é mais um dos marcos essenciais no percurso de defesa e afirmação dos Direitos Humanos na Europa e no Mundo. Os membros signatários desta convenção, assumem no seu preâmbulo de que o seu ponto de partida é a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Considerando a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948”<sup>28</sup>, e que “esta Declaração se destina a assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efectivos dos direitos nela enunciados”<sup>29</sup>, e “que a finalidade do Conselho da Europa é realizar uma união mais estreita entre os seus Membros e que um dos meios de alcançar esta finalidade é a protecção e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”<sup>30</sup>, o Conselho da Europa reafirma “o seu profundo apego a estas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo”,<sup>31</sup> e assume como sua missão a sua preservação. Para essa possibilidade é

---

<sup>28</sup> *Preâmbulo da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Roma, 4 de Novembro de 1950.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

fundamental assegurar um regime político verdadeiramente democrático, por um lado, e, por outro, uma concepção comum e respeito pelos direitos do homem.

Neste enquadramento institucional, o Conselho da Europa é animado por um “mesmo espírito, possuindo um património comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito”<sup>32</sup>, para tomar as devidas providências e assegurar os direitos enunciados na Declaração Universal.

A obrigação de respeitar os direitos do homem é enunciada no 1º artigo desta convenção, em que as Altas Partes Contratantes reconhecem a sua necessidade fundamental <sup>33</sup>. Estes direitos serão desenvolvidos no título I da presente convenção, onde se enunciam os direitos e liberdades fundamentais. Em primeiro lugar, e sempre, o Direito à vida: “O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida”<sup>34</sup>, nem “ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”<sup>35</sup>, ou “ser mantido em escravidão ou servidão”<sup>36</sup>, constringido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório. A liberdade é um direito decorrente do direito à vida. Todos os homens têm direito ao respeito pela vida privada e familiar, à liberdade de consciência e de religião, à liberdade de expressão, de reunião e de associação. Esta liberdade de direitos de cidadania é garantida pela criação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: “ A fim de assegurar o respeito dos compromissos que resultam, para as Altas Partes Contratantes, da presente Convenção e dos seus protocolos, é criado o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a seguir designado *o Tribunal*, o qual funcionará a título permanente”<sup>37</sup>. Este tribunal foi criado em 1959, e tem a sua sede em Estrasburgo, sendo desde 1 de Novembro de 1998, um órgão permanente, como jurisdição do Conselho da Europa. Os 47 Estados membros deste Conselho, também devem ser imperativamente membros deste Tribunal e aceitar as suas decisões. A sua missão é de assegurar o respeito pela Convenção para a Protecção dos Direitos do homem, podendo fazer julgamentos contra os Estados que assinaram a Convenção.

Foi um grande passo para fazer respeitar os Direitos do Homem na Europa e no Mundo, apesar de se limitar aos seus membros, acaba por influenciar o 28 estados da União Europeia, o continente europeu e servir de exemplo ao mundo inteiro. Mais uma

---

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*, artº 1º.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*, artº 3º.

<sup>36</sup> *Ibidem*, artº 4º

<sup>37</sup> *Ibidem*, artº 19º.

vez, na História da Humanidade, é o velho continente- a “grande” Europa- que serve de baluarte para a defesa dos direitos do homem, apontando caminhos para a dignidade humana de toda a humanidade.

O Conselho da Europa revela-se um referencial para a salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, constituindo um corpo de regras e de padrões de conduta que se projecta a nível mundial. Portugal mantém bem vivo o seu interesse no trabalho do Conselho da Europa e continua a considerá-lo essencial no quadro das estruturas internacionais, em cujos princípios se apoia a sua ordem jurídica interna e que dá corpo aos fundamentos de toda a sua acção no plano externo. O tempo tem mostrado a importância de investir esforços em organizações de cooperação que não vinculando os Estados, se mostram mais eficazes para empreender um caminho de defesa dos Direitos Humanos na Europa e no Mundo.

### **3. Os Direitos Humanos na União Europeia**

A recriação da unidade europeia constituiu sempre, ao longo dos séculos, um anseio comum a homens visionários. Alguns, como Napoleão e Hitler, tentaram-na pela força das armas e sem respeitar não somente a necessidade de paz nas nações, mas, também, desrespeitando os mais elementares direitos humanos. Não era este o caminho. Outros se seguiram, sem lutas sangrentas e tentando construir a Europa, salvaguardando a paz e o respeito pelos direitos do Homem. Estes últimos tinham aprendido as lições da História. Uma História que no século XX tem para contar duas grandes guerras mundiais e que, mesmo os vencedores, tinham perdido todos: os custos da guerra, a paz e o respeito pela própria humanidade. Todos tinham consciência da necessidade da paz e de garantir o valor mais elevado para viver bem.

Foi no período entre as duas guerras mundiais que se assistiu à tentativa de recriar a unidade europeia perdida e de empreender esforços para uma unidade política. Estes projectos eram arrojados de mais – no seu tempo e no nosso tempo- e não evitaram um segundo conflito mundial, ainda mais sanguinolento do que o anterior.

Quando a guerra chega ao seu termo, após seis anos de uma luta devastadora, a Europa não é mais do que um campo de ruínas; está exausta no seu espírito e tem um corpo dividido por ódios, endividado e economicamente destroçado. É inevitável a necessidade da sua reconstrução: material e moral. É necessário enterrar os mortos e tratar dos feridos de guerra e dar os bens essenciais aos outros, os sobreviventes de guerra, mas sem condições para viverem.

A palavra de ordem que surgia a partir deste cenário era “Construir a Europa”. Os mais sensatos percebiam a necessidade de uma unidade europeia que fortalecesse a Europa e evitasse uma nova tragédia. Todos tinham problemas e todos, também, precisavam de ajuda externa para se reconstruir. Os pequenos países apareciam particularmente vulneráveis às agressões; mas todos sentiam a sua fragilidade.

O Discurso de Churchill seria determinante para fazer avançar a Europa, no célebre discurso em 19 de Setembro em Zurique:

Eu pretendo falar-vos hoje da Europa...

Se a Europa se unisse um dia para partilhar a sua herança comum, não haveria limites à felicidade, à prosperidade e à glória de que poderia gozar a sua população de 300 ou 400 milhões de almas...

As ruínas e os ódios da guerra...podem renovar-se. E no entanto existe um remédio...

Qual o remédio supremo? Consiste em reconstituir a família europeia...e em lhe fornecer uma estrutura que lhe permita viver e crescer em paz, em segurança e em liberdade...<sup>38</sup>.

Estas palavras são o testemunho de que o projecto europeu tem na sua essência uma dimensão humanista, muito para além de objectivos económicos que lhe deram corpo. Mas, no seu fundo existe um espírito europeu que pretende ser um espólio dos Direitos Humanos que garantem essa alma europeia e a dignidade dos seus cidadãos. Desde o seu início, embora a construção europeia precisasse de unir interesses económicos dos seus estados, neste caso, da França e da Alemanha, para salvaguardar a paz.

Embora o processo de integração europeia seguisse o seu caminho, a partir da vertente económica, na retaguarda nunca deixariam de estar as pessoas e o respeito pelos direitos humanos, pelo simples facto de a economia servir de motor para garantir a paz entre as nações. A sua evolução viria mostrar esta realidade velada, dos direitos humanos, revelada a partir do Tratado da União Europeia e na Carta dos Direitos Fundamentais.

### **3.1. A Carta dos Direitos Fundamentais na União Europeia**

É de salientar que os valores fundamentais da dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade, Estado de direito e respeito pelos direitos humanos, estão

---

<sup>38</sup> Discurso de Winston Churchill em Zurique. In *60 Anos de Europa*. Lisboa: Parlamento Europeu, 2010, p. 3.

consagrados desde o início nos Tratados da União Europeia. Estes valores viriam a ser reforçados com a adopção da Carta dos Direitos Fundamentais.

A União Europeia (UE) atribui na actualidade uma grande importância ao respeito pelos Direitos Humanos a nível interno, definidos no Tratado da União Europeia e na Carta dos Direitos Fundamentais. São de referir programas específicos como o Daphne e Progress, iniciativas em que a Europa se concentra no combate às discriminações, ao racismo e à Xenofobia, a par da protecção dos grupos vulneráveis, como crianças, mulheres e as minorias. Compete à agência dos direitos fundamentais supervisionar o efectivo respeito pelos direitos humanos na União Europeia e fazer respeitar os seus valores fundamentais.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é um documento que contém as disposições sobre os direitos humanos. Foi proclamada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia, em 7 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, à frente da assinatura do Tratado de Lisboa. Esta carta vincula todos os países, excepto a Polónia e o Reino Unido. Este documento foi actualizado e adoptado numa versão simplificada, a 12 de Dezembro de 2007, também em Estrasburgo. Esta carta consagra os Direitos Fundamentais dos textos anteriormente referidos, sendo um ponto de chegada de um caminho percorrido desde a SDN, ONU e Conselho da Europa. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Carta dos Direitos Fundamentais passou a fazer parte integrante do Tratado, como pode ler-se:

A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados<sup>39</sup>.

Para além deste reconhecimento, a União Europeia tem empreendido esforços para que estes direitos sejam conhecidos pelos seus cidadãos, pois, nada significam se as pessoas não os conhecerem ou não souberem como os exercer. Como dizia Ernest Hemingway “ para que se possa ler facilmente, é preciso escrever arduamente”, e, neste caso, é preciso que as pessoas conheçam melhor os seus próprios direitos fundamentais com facilidade, e a forma como deles podem beneficiar.

Esta carta reúne, pela primeira vez, num único texto os direitos civis e políticos, bem como os direitos económicos e sociais dos cidadãos europeus,

---

<sup>39</sup> *Tratado de Lisboa*, artº6º. Lisboa: Assembleia da República, 13 de Dezembro de 2007.

anteriormente dispersos por diversas leis nacionais e convenções internacionais. A carta tem um preâmbulo e 54 artigos repartidos em 7 capítulos: Dignidade, Liberdades, Igualdade, Solidariedade, Cidadania, Justiça e Disposições gerais. Quando foi adoptada, em Dezembro de 2000, a carta representava apenas um compromisso político. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1 de Dezembro de 2009, a Carta passou a ter força de Lei.

Na introdução, pode ler-se a reafirmação de que “Os Povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns”<sup>40</sup>. Este propósito encontra-se desde o início da construção europeia, podendo, também, ler-se no Tratado de Roma de 1957<sup>41</sup>. No entanto, estes valores de um património espiritual e moral, embora reconhecidos então, tinham dado prioridade aos valores económicos, mais fáceis de unir interesses comuns e imediatos dos Estados, nomeadamente entre a França e a Alemanha, unidas pelo carvão e pelo Aço da anterior Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), a fim de precaver um novo conflito mundial. Embora começando pela vertente económica, as Comunidades tinham a consciência do seu património espiritual e moral, e de que a União devia basear-se em valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; também era reconhecido de que os seus princípios lapidares eram a democracia e o Estado de direito; ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, o ser humano e seus direitos fundamentais estão no centro da sua acção e da sua visão. Por isso, a carta vem afirmar:

A União contribui para a preservação e o desenvolvimento destes valores comuns, no respeito pela diversidade das culturas e tradições dos povos da Europa, bem como da identidade nacional dos Estados - Membros e da organização dos seus poderes públicos aos níveis nacional, regional e local; procura promover um desenvolvimento equilibrado e duradouro e assegura a livre circulação das pessoas, dos serviços, dos bens e dos capitais, bem como da liberdade de estabelecimento<sup>42</sup>.

Embora, como dissemos, estes valores já estivessem presentes desde o início da construção europeia como fins da união, a Carta vem dar-lhes maior visibilidade e

---

<sup>40</sup> *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Lisboa: Representação Portuguesa da comissão Europeia, 2010.

<sup>41</sup> *Tratado de Roma de 25 de Março de 1957*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

<sup>42</sup> *Preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia...*

realidade, reforçando a protecção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica da própria sociedade. Finalmente, e de acordo com o princípio da subsidiariedade da união, estes direitos decorrem das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados – Membros, mas, também, dos textos já aqui referidos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como das Cartas Sociais aprovadas pela União e pelo Conselho da Europa. Acrescem, ainda, toda a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Em suma, este ponto de chegada é o culminar de um já longo percurso de defesa dos Direitos do Homem na Europa e no Mundo.

A Carta começa por reconhecer a Dignidade do ser humano, o Direito à Vida e o Direito à integridade do ser humano, para além de proibir a tortura e os maus tratos ou penas desumanas ou degradantes e a proibição da escravidão e do trabalho forçado<sup>43</sup>. A seguir são reconhecidas as liberdades fundamentais: o direito à liberdade e à segurança, o respeito pela vida privada e familiar, a protecção de dados pessoais, o direito de contrair casamento e de constituir família, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião e a liberdade de expressão e de informação. Também ficam consagradas as liberdades de reunião e de associação, a liberdade das artes e das ciências, o direito à educação e a liberdade profissional e direito de trabalhar, para além da liberdade de imprensa, direito de propriedade, direito de asilo e protecção em caso de afastamento, expulsão ou extradição<sup>44</sup>.

Também é reconhecida a igualdade perante a lei e o princípio da não discriminação, ao mesmo tempo que se reconhece a diversidade cultural, cultural, religiosa e linguística, a igualdade entre homens e mulheres, os direitos das crianças e das pessoas idosas e a integração das pessoas com deficiência<sup>45</sup>. A solidariedade integra o Direito à informação e à consulta dos trabalhadores da empresa, o direito de negociação e de acção colectiva, o direito de acesso aos serviços de emprego, mas, também, a protecção em caso de despedimento sem justa causa e as condições de trabalho justas e equitativas. É proibido o trabalho infantil e os jovens são protegidos no trabalho, a vida familiar e profissional, a segurança social e assistência social, a

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, Título I.

<sup>44</sup> *Ibidem*, Título II.

<sup>45</sup> *Ibidem*, Título III.

protecção da saúde, o acesso a serviços de interesse económico geral, a protecção de ambiente e a defesa dos consumidores<sup>46</sup>. Também está consagrada uma plena Cidadania, com o direito de eleger e de ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu, o direito de eleger e de ser eleito para as eleições municipais, o direito a uma boa administração e o direito de acesso aos documentos. Para garantir esta cidadania activa existe o provedor de justiça europeu, o direito de petição, a liberdade de circulação e de permanência e a protecção diplomática e consular<sup>47</sup>. Para fazer cumprir todos estes princípios, é consagrado o direito à acção e a um tribunal imparcial e a presunção de inocência e direitos de defesa, para além da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas e o direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito<sup>48</sup>.

No âmbito da sua política de direitos humanos, a União Europeia tem feito respeitar os direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais, promovendo a defesa inalienável da vida. Para além de se opor à pena de morte, à tortura, ao tráfico de seres humanos e à discriminação, está empenhada na defesa da natureza universal e indivisível dos direitos humanos. Para isso, tem estabelecido parcerias com países da própria união e de países terceiros, com organizações internacionais e regionais e com a sociedade civil, através de acordos de cooperação.

## **3.2. Os Direitos Humanos no Combate à Discriminação. Relatórios Anuais**

### **3.2.1 O combate à discriminação**

A este propósito, refira-se o quadro estratégico e o plano de acção da União Europeia para os direitos humanos e a democracia adoptados em 2012, e que visam melhorar a eficácia e a coerência da política de direitos humanos da EU. Foi neste ano que Stavros Lambrinidis foi nomeado primeiro Representante Especial da União Europeia para os Direitos Humanos. A sua principal missão tem sido a de melhorar a eficácia e a visibilidade da política externa da União Europeia em matéria de Direitos Humanos.

A educação para os Direitos Humanos e sobre estes mesmos direitos, tem como principais objectivos educar e ensinar as leis internacionais sobre os direitos humanos e as suas violações. Educar os cidadãos da União Europeia a respeitar e

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, Título IV.

<sup>47</sup> *Ibidem*, Título V.

<sup>48</sup> *Ibidem*, Título VI.

proteger os direitos humanos e a compreenderem que eles são importantes e devem ser defendidos. Não basta ser capaz de identificar as violações destes direitos, mas, acima de tudo a ter consciência de quais são os direitos fundamentais da humanidade, e os meios que temos ao nosso alcance para os proteger. É nesta resposta positiva que a Educação para os Direitos Humanos ganha sentido.

Os Direitos Humanos foram uma das grandes e mais difíceis conquistas da humanidade, não se podendo dizer que esteja já plenamente adquirida. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada a 10 de Dezembro de 1948 pela Assembleia das Nações Unidas, e ratificada pelo Estado Português, foi o primeiro passo deste longo percurso que a União Europeia tem vindo a desenvolver. A Educação em matéria de Direitos Humanos tem sido muito importante e a União Europeia nela tem apostado. Paralelamente refira-se, também, a Educação para uma Cidadania Activa, mais ampla, mas que inclui os valores fundamentais de respeito e defesa da dignidade humana. Não pode haver cidadania se, antes, não se respeitarem os direitos humanos. A União Europeia tem empreendido todos estes esforços concretos para uma cultura universal dos Direitos Humanos que, em última instância, ajudem a tornar um mundo melhor.

### **3.2.2. Relatórios Anuais**

A União Europeia publica um relatório anual sobre a aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o estado da democracia no mundo. Estes relatórios servem de barómetro sobre a aplicação dos Direitos Humanos na Europa e no Mundo.

Embora na prática, os direitos fundamentais sejam garantidos a nível nacional pelo sistema constitucional de cada país, muitas vezes há graves violações destes direitos. A Carta dos Direitos Fundamentais da EU supervisiona este respeito pelos direitos do homem, já que embora adoptada em 2000, tem carácter vinculativo para os países da União Europeia a partir de 2009. Para qualquer Estado que falte por incumprimento, a União Europeia incita os cidadãos a recorrerem ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, depois terem passado sem sucesso pelos tribunais nacionais.

Outra vertente dos Relatórios Anuais está directamente relacionada com a promoção dos Direitos Humanos no Mundo. Esta política luta contra a pobreza e prevenção de conflitos, para além de ter na agenda a relação estreita com países terceiros e regiões desfavorecidas. Nesta cooperação é de referir a cláusula sobre

direitos humanos que estipula que os direitos humanos são essenciais nas relações entre as partes. Existem actualmente mais de 120 acordos de cooperação e a União Europeia impôs sanções a vários países por violação destes direitos, nomeadamente à Bielorrússia e ao Irão.

A União Europeia também participa em diálogos sobre os Direitos Humanos, envolvendo mais de 40 países e organizações, incluindo a Rússia, a China e a União Africana. O instrumento europeu para a promoção da democracia e dos direitos humanos, tem apoiado grupos da sociedade civil e cidadãos individuais a defenderem a democracia e o combate à tortura e ao racismo. No mesmo sentido, a Iniciativa Europeia para a Democracia e os Direitos Humanos (IEDDH) teve um orçamento de 1100 milhões de euros para o período de 2007-2013.

Também em matérias de liberdade religiosa a União Europeia tem servido de exemplo no combate à intolerância religiosa e na protecção de liberdade de religião e de convicção, trabalhando arduamente na ONU a fim de defender estes direitos humanos fundamentais. Em 2011, chegou-se pela primeira vez a um consenso, em Genebra e Nova Iorque, em torno de resoluções respeitantes à liberdade de religião e á luta contra a intolerância religiosa, apresentadas pela União Europeia e pela Organização de Cooperação Islâmica.

O Conselho da União Europeia adoptou sobre estes assuntos o Relatório Anual da União Europeia sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo em 2012, que reúne as acções externas da União no domínio dos Direitos Humanos em 2012. Nesta sequência foi adoptado o Quadro Estratégico da União Europeia para os Direitos Humanos e a Democracia, em 25 de Junho de 2012, que tem sido actualizado até à actualidade. O centro de atenção dos relatórios anuais está nos direitos humanos e na democracia no mundo, para além de na própria União Europeia, numa política interna e externa de coerência e de consistência entre ambas. No entanto, é de referir que os principais responsáveis por garantir os direitos dos seus cidadãos continuam a ser os Estados – Membros da União Europeia. Todos eles dispõem de instrumentos judiciais independentes e fortes e todos são partes na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Foi do conjunto das suas tradições nacionais que resultou o conjunto de doutrina da própria União Europeia. Para promover a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus povos, é preciso um esforço para garantir outros valores como a tolerância, a dignidade humana, e a não-discriminação. A Agência dos Direitos Fundamentais, sediada em Viena, contribui muito para o aprofundamento destas

matérias. O seu cumprimento rigoroso é fundamental para a própria credibilidade da União Europeia na cena internacional. Ela é observada por terceiros como um exemplo a seguir em matéria de Direitos Humanos.

Em todos estes esforços, fica reconhecida a importância da União Europeia aos Direitos Humanos, considerados universais e indivisíveis, empenhada em promovê-los e defendê-los activamente, tanto dentro das suas fronteiras como nas suas relações com países terceiros. Para além da evidência de que todos os países que pretendam aderir à União Europeia devem respeitar os Direitos Humanos, também os acordos comerciais ou de cooperação com países terceiros contêm uma cláusula que estabelece que os direitos humanos constituem um princípio fundamental da relação entre as partes.

#### **4. Reflexões Finais**

O respeito pelos direitos do Homem tornou-se, a partir de 1945, um objectivo fundamental e uma verdadeiro desafio para as Relações Internacionais. A Carta das Nações Unidas atribui competência à ONU para determinar as disposições neste âmbito, anteriormente da competência dos assuntos internos dos Estados. Esta evolução reflecte, em grande medida, uma reacção às atrocidades cometidas por uma Alemanha nazi e às consequências decorrentes das mesmas, quer para a destruição material quer moral das vítimas deste sistema político. Este processo é, também, o ponto de chegada de uma evolução que recupera o ideal wilsoniano de um Estado de Direito Internacional e a ideia Kantiana de uma Paz Perpétua, segundo a qual só as democracias estarão em condições de salvaguardar essa paz.

Estas ideias são rapidamente proclamadas pelos estados no seu aspecto formal, unânimes na aceitação do espírito da Declaração Universal dos Direitos do Homem, mas não sobre o conteúdo destes direitos.

Durante a Guerra Fria, os Direitos do Homem foram com efeito instrumentalizados pelos dois blocos que basearam a sua oposição em argumentos filosóficos e jurídicos. Os Estados ocidentais defendem a primazia dos direitos civis e políticos sobre os direitos económicos e sociais; os Estados comunistas, apropriando-se da herança da crítica marxista dos direitos do Homem burguês, consideram que as liberdades políticas são, meramente, formais para as classes desfavorecidas e que, na prática, para mais não serviam do que para reafirmar as desigualdades originais. Neste sentido, a invocação dos direitos do Homem nas instâncias internacionais servia, apenas, para desestabilizar o adversário.

Refira-se o papel das organizações não-governamentais (ONG) para a afirmação dos direitos humanos na União Europeia e no Mundo. A sua acção baseia-se numa outra lógica: elas procuram demarcar-se de divisões políticas e afirmar o respeito pelos direitos humanos pelos Estados, sempre em defesa da vida humana e do interesse das vítimas. Ainda hoje é de enaltecer o papel das ONG's na afirmação da defesa dos Direitos Humanos na Europa e no Mundo.

O percurso histórico pela afirmação dos Direitos Humanos no Mundo, muito deve ao esforço do velho continente. Com efeito, foram instâncias europeias que assumiram a sua defesa, sendo de referir o Conselho da Europa, no quadro da qual foi adoptada, em 1950, a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Num plano regional, esta organização internacional constituiu-se como um bloco de democracias no quadro da qual foi adoptada esta convenção. Outros esforços foram sendo empreendidos, sendo de referir a Organização dos Estados Americanos, com a adopção de uma Convenção Interamericana dos Direitos do Homem, em 1969, e a Organização da Unidade Africana, com a elaboração e aprovação da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981). Embora a *détente* tenha permitido avanços assinaláveis, o Acto Final da Conferência de Helsínquia (1975), desprovido de valor jurídico, constituiu um instrumento de legitimação da contestação dos dissidentes na URSS e nas democracias populares. Também na América, a diplomacia Carter, embora controversa, contribuiu para atenuar o poderio dos Estados Unidos sobre a América Latina e inaugurou uma nova era de confrontação ideológica com a União Soviética, cujos resultados seriam visíveis nos anos 80. Também nas Nações Unidas foram sendo obtidos graduais progressos. A derrocada da URSS provocou uma assinalável concentração dos ex-países comunistas num caminho liberal dos Direitos Humanos, materializado na Carta de Paris para uma Nova Europa (1990). Estes passos mostram a emergência de uma nova ordem internacional fundada sobre o direito e uma oportunidade para um reforço em matéria dos Direitos do Homem no Ocidente.

É o velho continente, e muito particularmente, a União Europeia, em conjunto, ou pela voz de alguns dos seus estados membros, que tomará a rédea da defesa dos Direitos do Homem no mundo. Refira-se, a título de exemplo, o caso Mitterrand que em Junho de 1990, anunciou em La Baule que, no futuro, só os Estados africanos que se empenharem no caminho da democracia e dos direitos humanos, terão direito a uma ajuda ao desenvolvimento por parte da França. Também na Europa de Leste, os Estados

candidatos à entrada no Conselho da Europa serão exigidos como condição a organização de eleições livres e o respeito pelos Direitos do Homem. É este o sentido da “Agenda para a Paz”, onde o secretário-geral das Nações Unidas inscreve os princípios fundamentais do respeito pelo Homem e pela sua dignidade fundamental. Considera mesmo que a democratização é uma condição de manutenção da paz internacional, e o Conselho de Segurança estabelece progressivamente a noção de ameaça para a paz, incluindo as situações de violação maciça dos Direitos do Homem.

Um longo caminho foi já percorrido. Muito ainda continua por fazer. Um caminho feito de incertezas provocadas por uma profunda crise económica e de valores. Também do valor da Paz. Os Europeus continuam incapazes de fazer respeitar os Direitos Humanos em muitos Estados em ascensão económica, na ex-Jugoslávia, a China, Israel e tantos outros espaços onde existe a humanidade, tão desumanizada. Os Direitos Humanos estão a ser objecto de uma nova crítica doutrinal, numa repetição da crítica marxista e do relativismo cultural: os direitos humanos variariam de acordo com os particularismos nacionais, da história, da cultura e da religião de um povo. Será um novo epifenómeno em que certos estados ditatoriais observados pelas instâncias internacionais, reagem ao novo imperialismo ocidental do imediato pós-guerra fria? Será um imperialismo ocidental para a maioria silenciosa do terceiro mundo? Ou a ideia segundo a qual os Direitos do Homem devem ser adaptados às culturas locais e às religiões num futuro imediato? Embora o mapa mostre a extensão da adesão jurídica às normas dos Direitos do Homem, na prática o respeito por estes direitos não se altera por decretos. Fica a esperança do extraordinário aumento do número de ONG's nos países em transição democrática na Ásia, em África e na Europa de Leste. Nas entrelinhas podemos ver uma universalização da defesa dos Direitos Humanos no mundo, outrora concentrada nas democracias ocidentais.

A mundialização é um desafio para essa aldeia global onde os direitos humanos sejam respeitados. É também, ao mesmo tempo, uma janela aberta para as atrocidades que ainda se fazem sentir e para um perigo que espreita e entra silenciosamente.

### **Referências Bibliográficas**

Boniface, Pascal (dir.). *Atlas das Relações Internacionais*. Lisboa: Plátano Editora, 2009.

Campos, João Mota de. *Direito Comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Lisboa: Representação Portuguesa da comissão Europeia, 2010.
- Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Roma, 4 de Novembro de 1950.
- Declaração Universal dos Direitos do Homem* de 10 de Dezembro de 1948.
- Discurso de Winston Churchill em Zurique. In *60 Anos de Europa*. Lisboa: Parlamento Europeu, 2010.
- Estatuto do Conselho da Europa*. Londres, 5 de Maio de 1949.
- Filibeck, Giorgio. *Direitos do Homem*. Lisboa: Príncipe Editora, 2000.
- Ghandi, Mahatma. *Discurso em Montessori Training College*. Londres, 28 de Dezembro de 1931.
- Principais Textos de Direito Internacional*. Lisboa: Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1988.
- Sessenta Anos de Europa. Os Grandes Textos da Construção Europeia*. Lisboa: Parlamento Europeu, 2008.
- Tratado de Lisboa*. Lisboa: Assembleia da República, 13 de Dezembro de 2007.
- Tratado de Roma de 25 de Março de 1957*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- Valéry, Paul. “La crise de l’Esprit”. In *Variété I et II*. Paris: Éditions Gallimard, 1928.
- Vasak, Karel. *As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem. Manual de Ensino destinado ao ensino dos direitos do homem nas universidades*. Lisboa: UNESCO, 1978

# A DIVERSIDADE LINGUÍSTICA NA UNIÃO EUROPEIA

## LINGUISTIC DIVERSITY IN THE EUROPEAN UNION

Ana Raquel Aguiar y Dora Resende Alves

*Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal*

**Resumo:** À semelhança dos direitos humanos, a língua é anterior e externa ao direito, embora com ele estabeleça laços. Ela nasceu com os próprios humanos, mas passa a ser regulada pelo direito. As línguas da União Europeia (UE) são as faladas pela população dos Estados-Membros.

A valorização desta vertente funciona como uma característica que identifica a UE no universo das organizações internacionais e pode ser encontrada nos próprios Tratados institutivos, nos textos de direito derivado, na jurisprudência comunitária e na doutrina, conforme se pode verificar pelos instrumentos utilizados e referenciados neste estudo. E o próprio mote da UE – “Unidos na diversidade” – traduz estes ideais.

É neste quadro jurídico que a diversidade das línguas, salvaguardada desde a primeira hora, surge no direito da UE como um direito e uma característica distintiva desta organização internacional regional.

Esta diversidade e realce contribuem para um património vivo diversificado que constitui tanto um direito como um bem a proteger nos acordos internacionais e na vivência de cada instituição nacional.

**Palavras-chave:** Língua oficial, União Europeia, Diversidade linguística.

**Abstract:** Like human rights, language is above and outside the law, although with him establish ties. She was born with humans themselves, but happens to be governed by the law. The languages of the European Union (EU) are spoken by the people of the Member States. Valuing this part works as a feature that identifies the European Union in the world of international organizations and can be found in the very founding treaties, in the secondary legislation texts in the Community case-law and doctrine, as can be seen by the instruments used and referenced in this study. And the EU itself motto - "United in diversity" - reflects these ideals.

It is this legal framework that the diversity of languages, safeguarded from the outset, appears in European Union law as a right and a distinctive feature of this regional international organization.

This diversity and highlight contribute to a diverse living heritage that is both a right and an asset to protect the international agreements and the experience of each national institution.

**Keywords:** Official language, European Union, Linguistic diversity.

### Introdução

A política da União Europeia (UE) promove o multilinguismo, valorizando a diversidade linguística europeia. Assim, a exaltação deste património linguístico rico e diversificado constitui, simultaneamente, um direito e um bem a proteger nos acordos internacionais e na vivência de cada instituição nacional.

Desta forma, enquanto cidadão europeu, é possível comunicar com as instituições europeias em qualquer uma das línguas oficiais, tendo direito a receber uma resposta na mesma língua.

Considerando a importância da mobilidade e das conseqüentes relações interculturais, a UE dá particular relevância à aprendizagem de línguas, uma vez que se trata de um meio que facilita a livre circulação das pessoas.

Partindo do pressuposto de que a língua é um dos elementos que constitui a identidade e que contribui para a disseminação da cultura, compreende-se claramente a preocupação da UE em atribuir um impulso crescente ao desenvolvimento da política linguística na Europa.

### 1. A língua humana

Assim como o homem é um ser social (*ubi homo, ibi societas*) e o direito é inerente à vida humana (*ubi societas, ibi ius*), a linguagem é uma necessidade e característica humana, como fenómeno social. Ela nasceu com os próprios humanos, supõe-se que em África, e o seu estudo remonta à Antiguidade clássica, conforme resulta dos diálogos de Platão, do século V a.C.<sup>1</sup>, embora se creia que a linguística moderna só se forme no século XVIII<sup>2</sup>.

A linguagem é o principal instrumento de comunicação humano, de partilha com o outro<sup>3</sup>. Antes (e separadamente) da escrita, o homem comunica entre si através da língua. Pode haver linguagem sem escrita associada, seja em povos primitivos, seja em dialetos locais contemporâneos. Existirão mais de 6.000 línguas no Mundo e no continente europeu são falados mais de 60 idiomas. Referimo-nos a línguas faladas, porque existem também as não faladas, ainda que sejam fenómenos muito localizados<sup>4</sup>.

Normalmente, a cada país corresponde uma única língua oficial, mas nem sempre é assim<sup>5</sup>, os países podem ser trilingues, como a Bélgica (com o neerlandês, francês e alemão) ou bilingues, como a Finlândia (com o finlandês e o sueco), isto no universo da União Europeia. Depois, há os países onde, a par da língua oficial,

---

<sup>1</sup> Neves, Maria Amélia Carreiras das. *Semiótica, Linguística e Hermenêutica do texto jurídico*. 2008, p. 77.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>3</sup> Notável a obra de Johann Gottfried Herder (1744-1803), *Ensaio sobre a origem da linguagem*, de 1772.

<sup>4</sup> E descobriu-se ainda a modalidade da língua associada, já com experiências catalogadas, com o caso mais recente no turco associada da região de Kusköy, na costa do mar Negro. Estas, em termos neuronais, apresentam diferenças na utilização de ambos hemisférios do cérebro. Ver *Jornal Público* de 26 de agosto de 2015, p. 24.

<sup>5</sup> Siguan, Miquel. *A Europa das línguas*. 1996, p. 104.

encontramos línguas minoritárias, como na Espanha (com o catalão e o basco) e no Reino Unido (com o gaélico escocês).

A língua é anterior e externa ao direito, embora com ele estabeleça laços. Na União Europeia, enquanto organização internacional regional, as línguas oficiais são as faladas pela população dos Estados-Membros, sendo que em alguns Estados-Membros são comuns. Incluem não só as línguas oficiais mas também algumas das regionais. As decisões tomadas pelas instituições da UE são traduzidas em todas as línguas oficiais e os cidadãos podem contactar aquelas e solicitar resposta em qualquer uma destas.

A valorização desta vertente funciona como uma característica que identifica a União Europeia no universo das organizações internacionais clássicas, que utilizam apenas umas poucas línguas de trabalho selecionadas, e pode ser encontrada nos próprios Tratados institutivos, nos textos de direito derivado, na jurisprudência comunitária e na doutrina, conforme se pode ver pelos instrumentos utilizados e referenciados neste estudo. E o próprio mote da UE<sup>6</sup> – “Unidos na diversidade” – traduz estes ideais.

A preocupação de definir línguas oficiais no seio desta organização internacional surge logo nas Comunidades Europeias que, apesar de terem apenas preocupações setoriais e económicas, assegurou esta faceta logo no primeiro Jornal Oficial em 1958. A diversidade constituiu uma característica intrínseca da construção europeia e também um seu princípio fundamental<sup>7</sup>, pois é através da sua língua que cada povo transmite o seu modo de sentir, que o distingue dos outros povos.

## 2. A questão da língua na União Europeia

A génese da hoje UE aconteceu com respeito pelo pluralismo dos povos da Europa<sup>8</sup>. O uso da língua surge como característica, lema e direito fundamental na UE<sup>9</sup>.

Esta tem 24 línguas oficiais e de trabalho, conforme correspondência ao artigo 55.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia (TUE) que estabelece as línguas em que este

---

<sup>6</sup> Ver em <[http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/motto/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/motto/index_pt.htm)> e Swiebel, Joke. *Intercultural dialogue and diversity within the EU*. 2008, p. 101.

<sup>7</sup> Silveira, Alessandra e Canotilho, Mariana (coordenação). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. 2013, p. 269.

<sup>8</sup> Artigos 1.º e 2.º do Tratado da União Europeia (TUE).

<sup>9</sup> Livro Branco da Comissão das Comunidades Europeias sobre a Educação e a Formação - Ensinar e aprender - Rumo à sociedade cognitiva COM(95) 590, Novembro de 1995.

se encontra redigido, sendo que o direito desta organização internacional regional protege também as línguas minoritárias ou regionais<sup>10</sup>.

O primeiro regulamento da UE sobre o seu regime linguístico foi aprovado em 1958 e mantém-se em vigor, com alterações<sup>11</sup>, desde logo através de consulta do jornal oficial no endereço eletrónico respetivo<sup>12</sup>. Especificava que as línguas oficiais e de trabalho das então Comunidades Europeias eram o alemão, o italiano, o francês e o neerlandês, isto é, as línguas dos países membros da altura, o que vinha confirmado no artigo 248.º do texto originário do Tratado da Comunidade Económica Europeia<sup>13</sup>. À medida que mais países foram aderindo à hoje UE, o número das línguas oficiais e de trabalho foi aumentando. Todavia, o número das línguas referidas é inferior ao dos Estados-Membros, uma vez que algumas são comuns a mais do que um país. Por exemplo, na Bélgica, as línguas oficiais são o alemão, o francês e o neerlandês e, em Chipre, a maioria da população fala grego, que é a língua oficial do país.

O artigo 3.º, n.º 3, § 4.º, do TUE estabelece, ainda, como princípio estruturante o respeito pela riqueza da diversidade cultural e linguística da União e o artigo 167.º, que a União contribui para o desenvolvimento das culturas dos Estados-Membros.

É neste quadro jurídico que a diversidade das línguas, salvaguardada desde a primeira hora pelo primeiro regulamento<sup>14</sup>, e ainda em vigor (com alterações), surge no direito da UE como um direito e uma característica distintiva desta organização internacional regional.

Esta diversidade e realce contribuem para um património vivo diversificado que constitui tanto um direito como um bem a proteger nos acordos internacionais e na vivência de cada instituição nacional.

A União Europeia tem 24 línguas oficiais e de trabalho, conforme correspondência ao hoje artigo 55.º, n.º 1, do TUE que estabelece as línguas em que o tratado se encontra redigido: alemão, francês, neerlandês, italiano (desde 1958),

---

<sup>10</sup> Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias, Estrasburgo [em linha]. 2.X.1992. <[http://www.agal-gz.org/portugaliza/tvsptnagaliza/carta\\_linguas.pdf](http://www.agal-gz.org/portugaliza/tvsptnagaliza/carta_linguas.pdf)> [20 março 2012].

<sup>11</sup> O Regulamento n.º 1 do Conselho, de 15 de Abril de 1958, que estabelece o regime linguístico da Comunidade Económica Europeia. Alterações a este Regulamento pelos: Regulamento (CE) n.º 920/2005 do Conselho de 13 de Junho de 2005, em que fixa já 21 línguas oficiais e de trabalho (JOUE L 156 de 18.06.2005, pp. 3 e 4) e Regulamento (CE) n.º 1791/2006 do Conselho de 20 de Novembro de 2006, JOUE L 363 de 20.12.2006, p. 1.

<sup>12</sup> Regulamento (UE) n.º 216/2013 do Conselho de 4 de março de 2013, relativo à publicação eletrónica do Jornal Oficial da União Europeia. Determina que o Jornal Oficial é publicado sob forma eletrónica, nas línguas oficiais das instituições da União Europeia, JOUE L 69 de 13.03.2013, pp. 1 a 3.

<sup>13</sup> Sem correspondência na versão atual, pelo Tratado de Lisboa, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

<sup>14</sup> Regulamento n.º 1 do Conselho, de 1958 mencionado.

dinamarquês, inglês (desde 1973), grego (desde 1981), português, espanhol (desde 1986), finlandês, sueco (desde 1995), checo, eslovaco, esloveno, estónio, húngaro, letão, lituano, maltês, polaco (desde 2004), búlgaro, irlandês, romeno (desde 2007) e com a inclusão do croata em 2013 pelas alterações do Tratado de Adesão da Croácia à UE<sup>15</sup>. O facto de uma língua ter estatuto de "língua oficial e de trabalho" implica, sobretudo, que a correspondência com as instituições da UE pode processar-se em qualquer uma das línguas em causa e que os regulamentos e outros documentos legislativos da UE são publicados, nomeadamente no Jornal Oficial, em todas as línguas oficiais e de trabalho.

Devido a condicionamentos de tempo e orçamentais, relativamente poucos documentos de trabalho são traduzidos para todas as línguas. Regra geral, a Comissão Europeia utiliza o inglês, o francês e o alemão como línguas processuais, enquanto as línguas das traduções que o Parlamento Europeu fornece variam consoante as necessidades dos deputados. Houve já um momento em que se apurou que 55% dos textos eram redigidos em inglês. Curiosamente, as línguas de trabalho da UE não coincidem já com as línguas mais faladas no mundo, onde apenas o inglês se insere (com 328 milhões), pois equipara-se ao espanhol (com 329 milhões) e todas superadas pelo mandarim (com 845 milhões)<sup>16</sup>. O alemão já representa apenas 90 milhões e o francês não tem sequer relevância entre as 10 línguas mais faladas.

É portanto curioso notar que esta faculdade de a UE permitir a utilização de 24 línguas oficiais surge como caracterizadora desta organização internacional, talvez de uma forma ímpar<sup>17</sup>.

### 3. A língua para o conhecimento do direito da União Europeia

No contexto descrito, cada cidadão europeu tem acesso ao direito da UE na sua própria língua como resultado do seu estatuto de cidadania<sup>18</sup>. Porém, o domínio de mais

---

<sup>15</sup> Nomeadamente alterando o artigo 52.º do TUE, no JOUE L 112 de 24.04.2012 com o Tratado de Adesão da Croácia à União Europeia, assinado em 9 de Dezembro de 2011, concretizado em 1 de Julho de 2013.

<sup>16</sup> Dados de 2014 em <<http://observatorio-lp.sapo.pt/pt/dados-estatisticos-as-linguas-mais-faladas/10-linguas-mais-faladas-no-mundo>> [17 setembro 2014].

<sup>17</sup> Basta consultar os endereços oficiais de grandes organizações internacionais para verificar a dificuldade de acesso em qualquer língua de Estados-Membros dessas mesmas organizações (ONU –UEO –EFTA –OCDE).

<sup>18</sup> Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 257 E/10, de 29 de março de 2012, referente ao Relatório de 2010 sobre a cidadania da União – Eliminar os obstáculos ao exercício dos direitos dos cidadãos da UE, JOUE C 257 E de 15.06.2012, pp. 74 a 84.

do que uma língua é relevante para o desempenho de determinadas funções, por exemplo, as profissões ligadas à prática do direito.

Uma vez que cada Estado-Membro tem a sua própria língua e o seu sistema jurídico específico, o Tribunal de Justiça da União Europeia é necessariamente uma instituição multilingue. O seu regime linguístico não tem equivalente em nenhuma outra jurisdição do mundo, visto que cada uma das línguas oficiais da União pode ser língua de processo. O Tribunal de Justiça é, com efeito, obrigado a respeitar um multilinguismo integral devido à necessidade de comunicar com as partes na língua do processo e de assegurar a difusão da sua jurisprudência em todos os Estados-Membros.

Aliás, também os tribunais nacionais são parte do sistema judiciário da UE, como tribunais funcionais de aplicação do direito da União. A UE é uma “comunidade de direito”<sup>19</sup>, conforme entendimento já de há muito do Tribunal de Justiça da UE, que se concretiza também através dos seus aplicadores que são os juízes e profissionais do foro nacionais, que constituem agentes essenciais do sistema jurisdicional da União Europeia, nomeadamente nos casos de aplicabilidade direta das suas normas.

A língua é, então, o principal utensílio dos agentes da justiça<sup>20</sup>. Por estas razões, no âmbito da formação judiciária, nos termos dos artigos 81.º e 82.º do TFUE, a formação multilinguística surge muito importante, uma vez que estudos demonstram que apenas um número relativamente reduzido de juízes fala uma língua estrangeira suficientemente bem para poder participar ativamente na formação judiciária em outros Estados-Membros<sup>21</sup>. Dito de outra forma, o atual nível de formação em línguas estrangeiras, também em conjugação com o atual nível de conhecimento do direito comunitário, aliás, é insuficiente e limita o pleno exercício das possibilidades de cooperação judiciária. A necessidade de aumentar o conhecimento geral dos juízes nacionais em matéria de línguas estrangeiras é urgente porque é do interesse público

---

<sup>19</sup> No Acórdão do TJCE de 23 de 1986, *Les Verts / Parlamento Europeu*, Proc. C-294/83, Colect. 1986, p. 1339, § 23.

<sup>20</sup> Resolução do Parlamento Europeu de 9 de Julho de 2008, sobre o papel do juiz nacional no sistema jurisdicional europeu, P6\_TA(2008)0382, § 3, e Comunicação 2011/C 308/06 da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, JOUE C 308 de 14.10.2011, pp. 6 a 32.

<sup>21</sup> Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 251 E/07 de 14 de março de 2012 sobre formação judiciária, JOUE C 251 E de 31.08.2013, p. 44. Ainda em julho de 2014 foi lançada pela Comissão uma chamada de projetos para preparação de juízes nacionais nesta temática, onde se abrem diversos aspetos em que os tribunais nacionais lidam diretamente com o direito da União Europeia, com um orçamento de um milhão de euros. Uma das áreas previstas foi precisamente o desenvolvimento das habilitações linguísticas legais dos juízes nacionais.

Europeu desenvolver as competências linguísticas dos membros do poder judicial dos Estados-Membros, por exemplo, através de intercâmbio judiciário<sup>22</sup>.

#### **4. A promoção do conhecimento de línguas na União Europeia**

Torna-se tão mais relevante o conhecimento de mais do que uma língua quanto ainda nos dias de hoje se comprova que, por exemplo, 61% dos portugueses não fala nenhuma língua estrangeira, segundo dados do Eurobarómetro<sup>23</sup>. Isto é, a meta traçada, já em 1995 pela União Europeia, de colocar os cidadãos a dominar três línguas estrangeiras, não foi de todo alcançada, embora certamente se encontrem grandes diferenças na realidade de país para país<sup>24</sup>.

Por essa razão, assistimos, nas mais variadas áreas de intervenção, à preocupação da UE em promover a diversidade linguística, mas associar-lhe o conhecimento intercultural e a própria promoção da mobilidade<sup>25</sup>. O conhecimento de línguas de outro país, no seio da UE, promove o próprio processo de integração. Uma cidadania ativa, a participação cívica, o papel das organizações da sociedade civil, a tolerância e compreensão mútua dos cidadãos serão tanto mais atingidos quanto mais for possível um diálogo intercultural que será mais eficaz com o conhecimento de línguas estrangeiras<sup>26</sup>.

Tanto mais eficaz será a promoção do multiculturalismo e do multilinguismo quanto o ensino de uma outra língua oficial se efetue em tenra idade, sendo que as crianças dispõem de uma capacidade natural para tal aprendizagem e o pluralismo linguístico é uma mais-valia para todos os jovens europeus<sup>27</sup>.

E só será possível a construção de um verdadeiro espaço judicial europeu se, para além do conhecimento do direito europeu, o conhecimento das línguas permitir a

---

<sup>22</sup> Resolução do Parlamento Europeu P6\_TA(2008) 0382, cit., § 6.

<sup>23</sup> Jornal *i* de 26 de Agosto de 2015, Suplemento Educa, pp. 2 e 15.

<sup>24</sup> Livro Branco da Comissão das Comunidades Europeias sobre a Educação e a Formação - Ensinar e aprender - Rumo à sociedade cognitiva COM(95) 590, Novembro de 1995, p. 49.

<sup>25</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões com o Programa da UE em matéria de justiça para 2020: reforçar a confiança, a mobilidade e o crescimento na União de 11.03.2014, documento COM (2014) 144 final, p. 5.

<sup>26</sup> Por exemplo, o Programa “Europa para os Cidadãos” 2007-2013, cuja avaliação consta do Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a execução, os resultados e a avaliação global daquele, no documento COM(2015) 652 final, Bruxelas, 16.12.2015.

<sup>27</sup> Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 093/07, de 11 de setembro de 2013, sobre as línguas europeias ameaçadas de extinção e a diversidade linguística na União Europeia, JOUE C 93 de 09.03.2016, p. 54, § U.

divulgação e apreensão dos conhecimentos e da cooperação<sup>28</sup>, de onde resulta a enorme relevância da aprendizagem de línguas para determinadas profissões como seja na formação dos profissionais do foro<sup>29</sup>.

## 5. A língua enquanto direito fundamental

O direito originário veio consagrar um elenco inicial dos direitos que integram o estatuto de cidadania europeia, no artigo 20.º, n.º 2, alínea d), do TFUE<sup>30</sup>, depois replicado no artigo 41.º<sup>31</sup> da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>32</sup>, nomeadamente, ao dispor como direito fundamental o *Direito a uma boa administração*, e, no seu n.º 4: “Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua”.

Para que o direito de cada cidadão da União a se dirigir às instituições europeias em qualquer língua oficial da União seja integralmente respeitado e aplicado, há que velar por que todas as consultas públicas sejam objeto de um tratamento equitativo e por que não se verifiquem discriminações linguísticas entre as consultas<sup>33</sup>, relacionando-se, então, diretamente a aplicação do regime linguístico com a política de acesso aos documentos da UE.

Tendo em conta este direito dos cidadãos europeus, é possível encontrarmos determinações específicas a corroborá-lo em algumas matérias, como é o caso do contencioso nas instâncias comunitárias, ou em documentos muito específicos, como, por exemplo, em matéria de inspeções às empresas nas averiguações efetuadas pela Comissão ao abrigo das normas de direito da concorrência, permitindo às empresas

---

<sup>28</sup> Resolução do Parlamento Europeu 2009/C 294 E/06, de 9 de Julho de 2008, sobre o papel do juiz nacional no sistema jurisdicional europeu, JOUE C 294 E de 03.12.2009, p. 30 e Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 251 E/07 de 14 de março de 2012 sobre formação judiciária, nos termos dos artigos 81.º e 82.º do TFUE, JOUE C 251 E de 31.08.2013, pp. 42 a 44.

<sup>29</sup> Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 024/12, de 7 de fevereiro de 2013, sobre formação judiciária – coordenadores nos tribunais, JOUE C 24 de 22.01.2016, p. 99.

<sup>30</sup> Porto, Manuel Lopes e Anastácio, Gonçalo (coordenação). *Tratado de Lisboa - anotado e comentado*. 2012, p. 260.

<sup>31</sup> Silveira, Alessandra e Canotilho, Mariana (coordenação). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - comentada*. 2013, p. 489.

<sup>32</sup> No Jornal Oficial da União Europeia C 326/391 de 26.10.2012. O texto retoma, adaptando-a, a Carta proclamada em 7 de dezembro de 2000 e substitui-a a partir da data de entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

<sup>33</sup> Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 332 E/12, JOUE C 332 E de 15.11.2013, p. 68.

utilizar a língua do país membro em que estão sedeadas para as comunicações com a Comissão<sup>34</sup>.

Tendo em conta que os tribunais nacionais são tribunais funcionalmente da União, que aplicam o direito da UE em cooperação judiciária plena, há vertentes, como seja a aplicação da justiça penal, em que a questão da língua periga o implementar e efetivar de outros direitos fundamentais<sup>35</sup>.

E, antes disso, o artigo 22.<sup>o</sup><sup>36</sup> da Carta, estabelece a *Diversidade cultural, religiosa e linguística*, embora em moldes um pouco brandos: “A União respeita a diversidade cultural, religiosa e linguística”.

## 6. O respeito pela diversidade cultural e linguística

A consagração da língua como direito fundamental vai mais longe no direito da União Europeia, visto que a diversidade é inerente à construção europeia<sup>37</sup>. Assim, a União Europeia tem uma preocupação com a língua enquanto fator de inclusão e exclusão que se estende às línguas regionais e minoritárias<sup>38</sup>, aí, de novo, com recurso ao citado artigo 22.º da Carta.

Bem assim, ao mencionado artigo 55.º, n.º 1, do TUE teremos que acrescentar a consulta do seu n.º 2, aditado pelo Tratado de Lisboa, que se refere à possibilidade de tradução oficial do Tratado para qualquer outra língua que os Estados-Membros determinem, disposição que se deverá ler com a *Declaração n.º 16* anexa ao Tratado de Lisboa, no respeito pela riqueza da diversidade cultural e linguística da União.

Na União Europeia, contam-se mais de 60 comunidades autóctones que falam uma língua regional ou minoritária. Estima-se em cerca de 40 milhões o número de cidadãos da UE que utiliza regularmente uma língua regional ou minoritária<sup>39</sup>. Daí que o Parlamento Europeu exorte à adoção de medidas políticas concretas para a proteção

---

<sup>34</sup> Na Comunicação 2011/C 308/06 da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, JOUE C 308 de 14.10.2011, p. 12, 2.4.

<sup>35</sup> Recomendação do Parlamento Europeu 2010/C 212 E/19, de 7 de maio de 2009, referente ao desenvolvimento de um espaço de justiça penal na UE, JOUE C 212 E de 05.08.2010, p. 120, 1.a) § 1, e p. 122, § 5.

<sup>36</sup> Silveira, Alessandra e Canotilho, Mariana (coordenação). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - comentada*. 2013, p. 269.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 269.

<sup>38</sup> Melo, Helena Pereira de. *O direito a não se ser discriminado em razão da língua*. 1999, ponto 1.2.2.

<sup>39</sup> A definição de língua regional ou minoritária dada por muitos Estados-Membros da UE é a utilizada na Carta Europeia das Línguas Regionais e Minoritárias um tratado assinado no âmbito do Conselho da Europa, em Estrasburgo, em 5 de Novembro de 1992.

das línguas ameaçadas, apelando ao multilinguismo e fomentando a intercompreensão linguística<sup>40</sup>.

Por esta razão, as instituições, nomeadamente o Conselho, preocupam-se especificamente em fixar a utilização de línguas adicionais<sup>41</sup>. A diversidade linguística é um elemento fundamental da cultura europeia e do diálogo intercultural, e a capacidade de comunicar numa língua que não a língua materna é reconhecida como uma das competências essenciais que os cidadãos devem procurar adquirir<sup>42</sup>.

## 7. A publicação do Jornal Oficial da União Europeia

A publicação do Jornal Oficial da União Europeia acompanha passo a passo a matéria de diversidade linguística na União Europeia. A existência de diversas línguas na União Europeia representa uma dificuldade para o acesso à legislação a nível europeu, visto que uma determinada informação catalogada só é realmente útil se o utilizador a puder entender<sup>43</sup>. Os serviços de tradução, que garantem que a legislação adotada a nível da UE seja diretamente compreensível e comunicada em simultâneo em todas as línguas da União, enfrentam um desafio ainda mais difícil pela própria natureza das informações jurídicas.

A 23 de Julho de 1952, com a entrada em vigor do Tratado CECA, prepara-se a publicação do *Jornal Oficial da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*.

A publicação desenvolve-se na década de 60<sup>44</sup> e é em 1969 que o Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, editora das instituições, agências e outros órgãos da União Europeia, se constitui oficialmente como órgão independente no Luxemburgo<sup>45</sup>. Embora o Serviço só se tenha constituído oficialmente como órgão

---

<sup>40</sup> Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 093/07, cit., p. 55.

<sup>41</sup> Conclusões do Conselho 2005/C 148/01 de 13 de Junho de 2005 sobre a utilização de línguas adicionais no Conselho, JOUE L 148 de 18.06.2005, pp. 1 e 2.

<sup>42</sup> Conclusões do Conselho 2014/C 183/05, de 20 de maio de 2014, sobre o multilinguismo e o desenvolvimento de competências linguísticas, JOUE C 183 de 14.06.2014, p. 26.

<sup>43</sup> Relatório do Conselho sobre o acesso à legislação. 2015/C 97/03, JOUE C 97 de 24.03.2015, pp. 5 e 3.

<sup>44</sup> Marrana, Rui Miguel. “O acesso à informação...”. In: *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*. p. 19.

<sup>45</sup> Este organismo fora previsto pela Decisão de 8 de Abril de 1965 (JO 152 de 13.07.1967, p. 18), aplicada pela Decisão n.º 69/13 (JOCE L 13 de 18.01.1969, p. 19, alterada pela Decisão n.º 80/443/CEE, Euratom, CECA).

A sua organização e modo de funcionamento actuais foram estabelecidos por um acordo interinstitucional, Decisão 2000/459/CE, CECA, Euratom, de 20 de Julho de 2000 relativa à organização e ao funcionamento do Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias (JOCE L 183 de 22.07.2000, pp. 12 a 15), que revoga a anterior Decisão n.º 69/13.

Aplicável a Decisão 2012/368/UE, Euratom do Parlamento Europeu e do Conselho, da Comissão, do Tribunal de Justiça da União Europeia, do Tribunal de Contas, do Comité Económico e Social Europeu e do Comité das Regiões de 29 de junho de 2012 (JOUE L 179 de 11.07.2012, pp. 15 e 16)

independente em 1969, as suas origens remontam ao serviço das publicações da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, que publicou o *Jornal Oficial da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço* a partir de 1952, publicado o primeiro número em quatro línguas (alemão, francês, italiano e neerlandês) em 30 de Dezembro de 1952<sup>46</sup>. A Internet teve um impacto considerável no aumento da difusão da informação comunitária em grande parte alimentada e gerida pelo Serviço das Publicações no portal integrado de legislação EUR-Lex/CELEX, plataformas em funcionamento que disponibilizam direta e gratuitamente todo o direito europeu<sup>47</sup>.

Com a entrada em vigor do primeiro alargamento das Comunidades, a 1 de Janeiro de 1973, o *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* passa a ser publicado em 6 línguas (até aí era-o em 4). Em 1 de Janeiro de 1986, com a entrada em vigor do terceiro alargamento das Comunidades, passa a ser publicado em 9 línguas (até aí era-o em 7). Mais tarde, com a entrada em vigor do quarto alargamento das Comunidades, a 1 de Janeiro de 1995, passa para 11 línguas (até aí era-o em 9). A 1 de Fevereiro de 2003, com a entrada em vigor do Tratado de Nice<sup>48</sup>, altera-se a designação do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* para *Jornal Oficial da União Europeia*<sup>49</sup>, por força da alteração do atual artigo 297.º TFUE pelo Tratado de Nice.

Os jornais oficiais estão assim disponíveis nas línguas oficiais dos Estados-Membros a partir da data da respetiva adesão – hoje 24 línguas<sup>50</sup>. A legislação em vigor na data da adesão é traduzida e publicada em edições especiais.

Desde 1998, está disponível na base EUR-Lex uma versão eletrónica com todas as edições impressas.

A partir de 1 de julho de 2013 apenas a edição electrónica do Jornal Oficial faz fé e produz efeitos jurídicos<sup>51</sup>, no endereço electrónico <http://eur-lex.europa.eu>.

---

que altera a Decisão 2009/496/CE, Euratom relativa à organização e ao funcionamento do Serviço das Publicações da União Europeia que é um serviço interinstitucional que tem por objeto assegurar, nas melhores condições possíveis, a edição das publicações das instituições da União Europeia, a fim de a adaptar às disposições dos Tratados, tal como alterados pelo Tratado de Lisboa, e, em especial, de acrescentar o Conselho Europeu como instituição signatária (de 26 de Junho de 2009, JOUE L 168 de 30.06.2009, pp. 41 a 47).

<sup>46</sup> Desde 30 de Dezembro de 2002, constituiu-se um fundo documental com os cinquenta anos de produção editorial da CECA. Folheto AO-51-03-447-PT-D, *Serviço de Publicações* em [em linha] <<http://publications.eu>> [12 novembro 2008].

<sup>47</sup> Marrana, Rui Miguel. “O acesso à informação...”. In: *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*. p. 20.

<sup>48</sup> Pelo depósito do último instrumento de ratificação em 18 de Dezembro de 2002 (2003/C 24/04, JOCE C 24 de 31.01.2002). Ver JOCE L 23 de 28.01.2003.

<sup>49</sup> O primeiro publicado com a nova designação foi o JOUE L 27 de 01.02.2003.

<sup>50</sup> Relatório do Conselho 2015/C 97/03, cit., p. 3.

O princípio da publicidade dos atos da UE pretende servir os princípios da legalidade, da igualdade e proibição do arbítrio, da transparência e da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos e residentes da UE.

O conjunto de todo o direito comunitário forma o acervo comunitário ou *acquis communautaire*, que todos os Estados-Membros devem respeitar e a que qualquer candidato a Estado-Membro tem que aderir como um todo, daí a importância deste meio de conhecimento. O acesso à legislação é, portanto, crucial no contexto da União Europeia<sup>52</sup> e, crê-se, fica bem assegurado.

### **Conclusão**

Na União Europeia, enquanto organização internacional, talvez de uma forma ímpar, a diversidade de línguas foi, desde o primeiro momento, encarada como uma circunstância fundadora e os meios foram preparados para fazer chegar a todos os membros o direito e o conhecimento. O endereço oficial da UE é um exemplo claro de como a diversidade linguística não é um entrave. Porém, não de modo absoluto, há ainda documentos de trabalho, e mesmo finais, que não se encontram em todas as línguas.

Por um lado, esta faceta de acessibilidade acarreta custos elevados e um exigente trabalho simultâneo de tradução e, por outro lado, cada vez mais algumas línguas se tornam de uso universal, como o inglês e o espanhol, porém, aplaude-se o funcionamento permanente e quase abrangente das informações da União Europeia em todas as línguas reconhecidas como oficiais e a proteção pelas línguas minoritárias. Também, cada vez mais este aspeto de acessibilidade ao direito e ao conhecimento é tido em conta na documentação produzida.

Ainda assim, há um caminho a trilhar no sentido da formação em matéria de línguas estrangeiras, não só dos profissionais do direito, como da população em geral.

---

<sup>51</sup> Nos termos do Regulamento (UE) n.º 216/2013 do Conselho, cit., e Relatório do Conselho 2015/C 97/03, cit., p. 3.

<sup>52</sup> Relatório do Conselho 2015/C 97/03, cit., p. 3.

**Referências Bibliográficas**

- Alves, Dora Resende. “As cooperações reforçadas na União Europeia”, *Para Jorge Leite*. II Volume. Coimbra Editora, 2014, pp. 7-17. ISBN 978-972-32-2260-9.
- Campos, João Mota de; Pereira, António Pinto; Campos, João Luiz. *O direito processual da União Europeia - contencioso comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2.<sup>a</sup> ed. revista e aumentada, 2014. ISBN 978-972-31-1516-1.
- Gonçalves, Susana. “O regime linguístico na União Europeia” *in a folha* N.º 25 – Número especial. 2007, pp. 27.
- Gorjão-Henriques, Miguel. *Direito da União – história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*. Coimbra: Livraria Almedina. 7.º ed., 2014. ISBN 978-972-40-5554-1.
- *Tratado de Lisboa*. 5.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5445-2.
- Gouveia, Jorge Bacelar e Coutinho, Francisco Pereira. *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*. Quid Juris Editora, 2013. ISBN 978-972-724-642-7.
- Herder, Johann Gottfried. *Ensaio sobre a origem da linguagem*. Editora Antígona, 1987.
- Machado, Jónatas E. M.. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Wolters Kluwer | Coimbra Editora. 2010. ISBN 978-972-32-1858-9.
- Marrana, Rui Miguel. “O acesso à informação no quadro do funcionamento da União Europeia” *in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*. Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 21, 2012, pp. 7 a 42. ISSN 1646-1029.
- Melo, Helena Pereira de. *O direito a não se ser discriminado em razão da língua*. III Seminário sobre Reabilitação da Criança Surda, Porto, 1999.
- Neves, Maria Amélia Carreiras das. *Semiótica, Linguística e Hermenêutica do texto jurídico*. Instituto Piaget, 2008. ISBN 978-989-659-032-1.
- Parlamento Europeu. *50 Anos de Europa – os grandes textos da construção europeia*. 2.<sup>a</sup> ed. 2001. ISBN 972-97048-3-X.
- Parlamento Europeu. Resolução 2016/C 093/07, de 11 de setembro de 2016, sobre as línguas europeias ameaçadas de extinção e a diversidade linguística na União Europeia, JOUE C 93 de 09.03.2016, pp. 52 a 58.

- Porto, Manuel Lopes e Anastácio, Gonçalo (coordenação). *Tratado de Lisboa - anotado e comentado*. Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4613-6.
- Rodríguez Iglesias, Gil Carlos. *El Tribunal de Justicia y la reforma institucional de la Unión Europea* [em linha]. Abril, 2000. <[http://curia.europa.eu/pt/instit/presentationfr/index\\_savoirplus.htm](http://curia.europa.eu/pt/instit/presentationfr/index_savoirplus.htm)> [12 novembro 2008].
- Siguan, Miquel. *A Europa das línguas*. Terramar, 1996. ISBN 972-710-151-8.
- Silveira, Alessandra e Canotilho, Mariana (coordenação). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - comentada*. Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5120-8.
- Swiebel, Joke. *Intercultural dialogue and diversity within the EU*. Seminar on European Parliament to Campus for Intercultural Dialogue and the European Neighbourhood Policy in the Carpathian Área, 4-11 June, 2008. pp. 101 a 112.
- Tribunal de Justiça. *El futuro del sistema jurisdiccional de la Unión Europea* [em linha] 1999, <[http://curia.europa.eu/pt/instit/presentationfr/index\\_savoirplus.htm](http://curia.europa.eu/pt/instit/presentationfr/index_savoirplus.htm)> [12 novembro 2008].

# A POLÍTICA PÚBLICA JUDICIÁRIA DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES NO BRASIL

## THE JUDICIARY PUBLIC POLICY OF ADEQUATE TREATMENT OF CONFLICTS OF INTERESTS IN BRAZIL

Maria da Glória Costa Gonçalves De Sousa Aquino  
*Universidade Federal do Maranhão*

**Resumo:** O presente trabalho objetiva analisar o processo de intensificação da atividade judiciária no Brasil evidenciado pelo monopólio jurisdicional, sobretudo a partir do movimento de redemocratização do país, cujo marco se determinou pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Adota-se o método de abordagem indutivo para analisar como ocorreu a formulação e a estruturação da política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, como meio de superação do mecanismo da solução adjudicada dos conflitos, com aspiração à redução da demanda processual tradicional, ensejando, gradativamente, a desjudicialização dos conflitos de interesses na sociedade brasileira.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário, Política Pública Judiciária, Meios Consensuais de Solução de Conflitos.

**Abstract:** The present work aims to analyze the identification process of legal activity in Brazil evidenced by the jurisdictional monopoly, mainly from the redemocratization movement of the country, whose mark was determined by the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988. The adopted method was of inductive approach to analyze as happened the formulation and structuring of the public policy for the adequate treatment of conflicts of interests, as a means of overcoming the mechanism of the adjudicated solution of the conflicts, with desire to reduce the traditional procedural demand, causing, gradually, the non judicialization of conflicts of interests in Brazilian society.

**Keywords:** Judiciary, Legal and Public Policy, Consensual Means of Conflict Resolution.

### 1. Introdução

No final do século XX, o Estado Democrático de Direito brasileiro vivenciou um processo de redemocratização que acarretou mudanças significativas na sociedade. Nesse movimento democrático, a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) assegurou a tutela de direitos e garantias fundamentais ao cidadão brasileiro, além de promover uma transformação dos poderes estatais, em especial, do Poder Judiciário, que passou a exercer a função jurisdicional com maior autonomia e independência em relação aos Poderes Executivo e Legislativo.

O fortalecimento do sentido da cidadania<sup>1</sup> fez com que o cidadão brasileiro se identificasse como titular de direitos. A maior conscientização da sociedade sobre os direitos recém-conquistados, associada à ampliação do acesso à justiça, provocou uma explosão de litigiosidade na justiça brasileira, para a qual o Poder Judiciário não estava preparado; que resultou no questionamento do monopólio da prestação jurisdicional do Estado.

De acordo com dados estatísticos elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil é um país que possui um dos maiores índices de litigiosidade<sup>2</sup> do mundo e o terceiro país da América Latina a ter mais casos novos por habitante, ficando somente atrás do Chile e da Costa Rica.

O Relatório *Justiça em Números* de 2015<sup>3</sup> mostra que, entre os anos de 2009 e 2014, ocorreu um crescimento vertiginoso no acervo de processos. Só no ano de 2014, o Poder Judiciário brasileiro iniciou suas atividades com um estoque de 70,8 milhões de processos, número que tende a crescer continuamente.

Em paralelo, a instituição judiciária brasileira se destaca por ser uma das mais prolíferas do mundo, possuindo uma taxa de produtividade superior a países como França, Holanda e Suíça<sup>4</sup>.

Desse modo, observa-se que a realidade judiciária brasileira tem convivido com um paradoxo inquietante, que envolve: o excesso de litigiosidade de processos e a boa produtividade judicial, a qual não tem se mostrado suficiente para conter o enorme quantitativo de demandas que rotineiramente são distribuídas na justiça brasileira.

O excesso de demandas direcionadas à justiça tem gerado um reflexo na atuação operacional do Poder Judiciário. Isto porque, a dificuldade de gerenciamento do

---

<sup>1</sup> No presente trabalho, o sentido de cidadania remete ao *reconhecimento da igualdade perante a lei*. Nesse sentido, Maria Tereza Sadek indica que “cresce a probabilidade de ser expressiva a parcela da população que desconhece os direitos. Tal característica combinada à percepção de uma justiça vista como cara, lenta e inacessível, potencializam o impacto de iniciativas que alarguem o acesso à justiça e, em consequência, a efetividade dos direitos que compõem a igualdade expressa no conceito de cidadania” (Sadek, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: Livianu, Roberto (coord.). *Justiça, cidadania e democracia*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein Pesquisa Social, 2009. pp. 170-180). No contexto democrático brasileiro, em que a sociedade é marcada por uma enorme desigualdade social, o reconhecimento da cidadania importa num grande fator de inclusão social.

<sup>2</sup> Os dados mais recentes divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça sobre o índice de litigiosidade no contexto internacional data do ano de 2011. Em Conselho Nacional de Justiça (Brasil). *Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional* [em linha]. Brasília: CNJ, 2011. <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat\\_estudo\\_comp\\_inter.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf)> [22 janeiro 2016].

<sup>3</sup> O Relatório Justiça em Números 2015 corresponde ao ano-base 2014. Em Conselho Nacional de Justiça (Brasil). *Relatório Justiça em Números 2015* [em linha]. Brasília: CNJ, 2015. <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>> [29 outubro 2015].

<sup>4</sup> Conselho Nacional de Justiça (Brasil). *Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade*.s.d. pp. 27.

acervo processual, dentro de uma estrutura desaparelhada e com um *déficit* orgânico-funcional, marcado por fortes características de obsolescência e precariedade, tem conduzido a um quadro de retardamento no trâmite processual que, por sua vez, implica em uma prestação jurisdicional morosa e de pouca efetividade para o cidadão.

As deficiências vividas ao longo de anos pelo Judiciário se traduziram na dificuldade de responder com o devido aprimoramento e de forma célere aos inúmeros conflitos sociais e aos litígios processuais com os quais se deparou.

O excesso de formalidade associado ao desenvolvimento burocrático engendrado pelo sistema processual torna o processo lento, provocando a frustração das partes envolvidas e evidenciando uma estrutura incompatível, principalmente porque traz à tona a ineficiência do Estado de promover a prestação jurisdicional em um tempo razoável. O tempo se transforma no verdadeiro alçóquio da função pacificadora do Estado.

Portanto, a morosidade na prestação jurisdicional trouxe consequências negativas para a sociedade, como exemplo, a desconfiança do cidadão em relação à instituição judiciária, que se mostrou incapaz de resolver efetivamente as demandas sociais.

A morosidade processual se reflete no aumento da taxa de congestionamento, a qual se encontra conjecturada em números, pois em comparação com os países europeus, o Brasil é o país que apresenta maior taxa de congestionamento<sup>5</sup> de processos, que gira em torno de 70%<sup>6</sup>.

Além disso, a morosidade processual atravanca o sistema judiciário, calcificando o desenvolvimento adequado do processo, retardando o pronunciamento judicial dentro de um prazo razoável e, conseqüentemente inviabilizando o acesso efetivo à justiça.

---

<sup>5</sup> A taxa de congestionamento corresponde à divisão dos casos não baixados pela soma dos casos novos e dos casos pendentes de baixa. Consideram-se baixados os processos: a) remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; c) arquivados definitivamente. Não se constituem por baixas as remessas para cumprimento de diligências e as entregas para carga/vista. Em Conselho Nacional de Justiça (Brasil). *Relatório Justiça em Números 2010* [em linha]. Brasília: CNJ, 2010. <[www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel\\_justica\\_numeros\\_2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf)> [10 agosto 2015].

<sup>6</sup> Conselho Nacional de Justiça (Brasil). *Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade...*, pp. 24.

## 2. O acesso à justiça e o monopólio do Poder Judiciário Brasileiro

A Constituição Federal de 1988, fruto do movimento democrático vivenciado no Brasil em meados da década de 80 e resultante de uma intensa participação popular<sup>7</sup> erigiu-se sob a “soma de fatores reais de poder”<sup>8</sup>, além de representar um marco regulatório no reconhecimento de direitos e garantias fundamentais baseados em um conjunto de princípios, dentre os quais se destacam o princípio do livre acesso à jurisdição (CRFB/88, art. 5º, inciso XXXV)<sup>9</sup>, o princípio do devido processo legal (CRFB/88, art. 5º, inciso LV<sup>10</sup>), e o princípio à prestação jurisdicional em tempo razoável (CRFB/88, art. 5º, inciso LXXVIII<sup>11</sup>).

Esse momento de estruturação democrática em que se encontrava a sociedade brasileira, adicionado ao processo de conscientização da cidadania, dado o reconhecimento da centralidade conferida aos direitos fundamentais na CRFB/88, acarretou o ingresso de inúmeras demandas judiciais perante o Poder Judiciário, motivadas pelo conhecimento e efetivação de direitos individuais, sociais e políticos.

Conforme Eliane Junqueira, a sociedade brasileira andou na contramão da tendência europeia que, naquele momento, buscava pela adequação de procedimentos jurídicos simplificados e por alternativas de garantir o acesso à justiça ao cidadão, em razão da explosão de direitos que acontecia nos países europeus. Segundo a autora, a preocupação da sociedade brasileira no período que antecedeu a abertura democrática consistia em “analisar como os novos movimentos sociais e suas demandas por direitos coletivos” iriam interagir com um Poder Judiciário estruturado para atender e processar demandas individuais<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Para Jean-Jacques Rousseau, “Aquele que redige as leis não tem, portanto, ou não deve ter nenhum direito legislativo, e nem o próprio povo pode, quando o quiser, despojar-se desse direito intransferível porque, segundo o pacto fundamental, somente a vontade geral obriga os particulares, e só se pode assegurar que uma vontade particular está de acordo com a vontade geral depois de submetê-la aos sufrágios livres do povo”. Em Rousseau, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. pp. 51-52.

<sup>8</sup> Em Lassalle, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 17.

<sup>9</sup> CRFB/88, art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Conferir em Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: Angher, Anne Joyce. *Vade Mecum acadêmico de Direito Rideel*. São Paulo: Rideel, 2014.

<sup>10</sup> CRFB/88, art. 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Em Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil...*, pp. 23.

<sup>11</sup> CRFB/88, art. 5º, inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Em *Ibidem*, pp. 24. Destaca-se que esse inciso foi acrescentado pela EC nº 45, de 08/12/2004.

<sup>12</sup> Em Junqueira, Eliane Botelho. “Acesso à justiça: um olhar retrospectivo” [em linha]. *Revista Estudos Históricos*, 1996, 9. <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>> [10 julho. 2014].

Nesse sentido, o princípio constitucional da jurisdição adquiriu real importância no Estado Democrático de Direito porque consagrou a obrigatoriedade do Poder Judiciário de promover o direito à tutela jurisdicional para além da sujeição e atuação da vontade concreta da lei, ou seja, a jurisdição constitucional<sup>13</sup> passa a exercer “um papel no controle jurídico da legitimidade do poder político”<sup>14</sup>, de modo que toda a qualquer violação aos direitos e garantias fundamentais, bem como qualquer desvio jurídico-constitucional ficam submetidos à fiscalização judicial<sup>15</sup>.

Eduardo Cambi destaca a importância da superação do legalismo, enfatizando que a Constituição deve ser interpretada através dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais:

A norma não se confunde com o texto. Interpretar é determinar o significado objetivo de um texto: antes da interpretação, não há norma, apenas um texto. Não há um significado interno ou intrínseco ao texto, que prescindia da interpretação; por isto, interpretar não é declarar algo já existente (latente e pronto a ser descoberto) no texto, mas resultante da decisão de intérprete que, com o uso da linguagem, constrói versões de significado<sup>16</sup>.

Há de se ressaltar que o princípio do acesso à justiça<sup>17</sup>, previsto no normativo constitucional, consagrou uma interpretação de que a lei não poderá subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Desse modo, a garantia fundamental prevista no inciso XXXV do art. 5º da CRFB/88, que versa sobre o acesso à justiça, sedimentou a prática da judicialização de demandas, da qual se exige o pronunciamento estatal sobre as disputas existentes em uma comunidade de pessoas livres e iguais. Assim, depara-se aqui com a interpretação de que o indivíduo deixa de

---

<sup>13</sup> Conforme Cássius Chai: “A jurisdição constitucional é tomada no sentido de atividade jurisdicional que tem como objetivo verificar a concordância das normas de hierarquia inferior, leis e atos administrativos com a constituição, desde que violem as formas impostas pelo texto constitucional ou estejam em contradição com o preceito da Constituição, pelo que os órgãos competentes devem declarar sua inconstitucionalidade e conseqüente inaplicabilidade”. Em Chai, Cássius Guimarães. *Jurisdição constitucional concreta em uma democracia de riscos*. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2007, pp. 51-52.

<sup>14</sup> Em Cambi, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário” *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 212.

<sup>15</sup> Conferir em Mancuso, Rodolfo de Camargo. “Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas”. *Revista dos Tribunais*, 2011.

<sup>16</sup> Cambi, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, pp. 86.

<sup>17</sup> De acordo com Boaventura de Sousa Santos, “O tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica. No âmbito da justiça civil, muito mais propriamente do que no da justiça penal, pode falar-se de procura, real ou potencial, da justiça. Uma vez definidas as suas características internas e medido o seu âmbito em termos quantitativos, é possível compará-la com a oferta da justiça produzida pelo Estado”. Em Santos, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2005. pp. 167.

ser considerado como um ser isolado e passa a ser um ser social, podendo reconhecer-se como indivíduo e também como cidadão-membro da sociedade. Nessa perspectiva, adverte Maria Manzini-Covre:

Um projeto nacional de construção de uma verdadeira democracia não pode ignorar a diversidade e as identidades múltiplas que compõem o mosaico cultural brasileiro. Um tal projeto não pode também ignorar o fato de que, além das diferenças, somos semelhantes [...]. O reconhecimento da pluralidade, o respeito pelas identidades e pelas diferenças não se fará romanticamente. [...]. No jogo político de negociação das identidades nascerá uma verdadeira construção da cidadania, sem a qual não existe democracia<sup>18</sup>.

Por sua vez, enfatiza Eduardo Cambi:

A verdadeira promoção da cidadania exige que os direitos fundamentais sociais sejam efetivados, porque são decisões políticas fundamentais contidas na Constituição, compromissos constitutivos do Estado para com a sociedade. Afinal, o acesso à justiça não é o único pressuposto do acesso ao Direito. Este depende da satisfação de pressupostos extrajurídicos, ligados ao acesso universal à educação e à saúde básicas, a uma renda familiar digna etc<sup>19</sup>.

A garantia constitucional de acesso à justiça, sintetizada no inciso XXXV do art. 5º, da CRFB/88, afigura-se importante fator de inclusão social, notadamente porque, além de assegurar o acesso formal ou nominal das pessoas aos órgãos jurisdicionais, viabiliza o acesso real e a proteção efetiva e concreta a uma justiça célere, eficiente, proba, legítima e *justa*.

O princípio do acesso aos órgãos jurisdicionais, estabelecido pela CRFB/88, assevera direitos e garantias fundamentais, contendo normas de caráter processual denominados princípios constitucionais processuais, com especial enfoque para o princípio da ubiquidade da jurisdição, cujo objeto se esgota na satisfação de uma prestação de natureza jurídica pelo Estado, com vistas à normação do bem jurídico protegido como direito fundamental.

Ressalta-se que o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, tradicionalmente, correspondia à garantia do mero ingresso em juízo e/ou no julgamento das pretensões deduzidas em juízo. Entretanto, o direito como ciência nomotética cria uma simbologia valorativa, cujos valores vão se alternando, exigindo constantes

---

<sup>18</sup> Cf. Manzini-Covre, Maria de Lourdes. “Cidadania, cultura e sujeitos”. Em: Spink, Mary Jane Paris (coords.). *A cidadania em construção: uma reflexão transdisciplinar*. São Paulo: Cortez, 1994, pp. 123.

<sup>19</sup> Cambi, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, pp. 381.

atualizações. Nesse contexto, a jurisdição, dada a sua acepção tradicional, atrelada à aplicação da norma aos fatos da lide, torna-se insuficiente, pois há necessidade de que o conflito resulte prevenido, de modo justo, tempestivo e, sobretudo, adequado, permitindo-se que a tutela oferecida por ato do juiz seja efetiva como resultado prático do processo.

No limiar do novo milênio, a questão do acesso à justiça não é mera questão de ‘entrada’ no Poder Judiciário com vistas à apreciação de demandas decorrentes da vida em sociedade, mas, sobretudo, de ‘saída’, pois são poucos os juridicionados que conseguem efetivamente obter a tutela jurisdicional num prazo razoável, sem recorrer às tutelas de urgência<sup>20</sup>. Sobre o assunto, asseveram Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos<sup>21</sup>.

A questão do acesso à justiça e o conceito de acesso jurisdicional<sup>22</sup> englobam dados e aspectos na sociedade brasileira, marcados por uma cultura judiciarista. Apesar dos Relatórios *Justiça em Números*<sup>23</sup> apontarem para uma melhoria lenta e gradual no tocante à movimentação processual de demandas junto ao Poder Judiciário brasileiro, ainda se verifica uma correlação elevada entre o número de processos ingressantes e o número de processos resolvidos. Nesse sentido, o censo populacional de 2010<sup>24</sup> (dados oficiais do IBGE) apontou para uma população de aproximadamente 190 milhões de

---

<sup>20</sup> Segundo Daniel Neves: “Valendo-se da origem no latim (*liminaris*, de *limen*), o termo “liminar” pode ser utilizado para designar algo que se faça inicialmente, logo no início. O termo liminar, nesse sentido, significa limiar, soleira, entrada, sendo aplicado a atos praticados *inaudita altera parte*, ou seja, antes da citação do demandado. Aplicado às espécies de tutelas de urgência, a liminar, nesse sentido, significa a concessão de uma tutela antecipada ou de uma tutela cautelar antes da citação do demandado”. Em Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pp. 1063.

<sup>21</sup> Cf. Cappelletti, Mauro e Garth, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 8.

<sup>22</sup> Rodolfo Mancuso ressalta: “A jurisdição, tradicionalmente conectada à prestação outorgada pelo braço judiciário do Estado (tratando-se, pois, de palavra definida pela sua fonte básica) vem hoje exigindo profunda atualização e contextualização em seu significado, dado que sua acepção tradicional, atrelada à singela aplicação da lei aos fatos da lide, hoje está defasada e é insuficiente [...]”. Em Cf. Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça...*, pp. 22.

<sup>23</sup> No presente trabalho, optou-se por utilizar como parâmetro de pesquisa os dados reunidos nos Relatórios *Justiça em Números* dos anos de 2009 (dados obtidos do ano de 2008), 2010 (dados obtidos do ano de 2009) e 2011 (dados obtidos do ano de 2010), pois esses anos correspondem ao intervalo entre a formulação e a implementação efetiva da política pública judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, datada de 29 de novembro de 2010.

<sup>24</sup> Levou-se em consideração a última atualização disponível do censo, antes da implementação da Resolução CNJ n° 125/2010.

habitantes<sup>25</sup>, sendo que, no mesmo ano, o Relatório *Justiça em Números* do ano de 2011 divulgou informações no sentido de que ocorreu o ingresso de aproximadamente 24,2 milhões de processos nas três esferas de Justiça<sup>26</sup> no ano de 2010, ou seja, verifica-se um extenso quantitativo de demandas em trâmite à espera de um posicionamento do Poder Judiciário brasileiro.

Como resposta à excessiva demanda de conflitos de interesses em trâmite perante os órgãos do Poder Judiciário, buscou-se uma renovação do sentido conferido ao princípio do acesso à justiça. Assim, a problemática em torno da ineficiência dos serviços e das atividades prestadas pelo Poder Judiciário vem cedendo espaço a novas propostas tendentes à desjudicialização dos conflitos, como forma de reduzir os conflitos judicializados em trâmite na Justiça brasileira.

### **3. A estruturação da Política Pública Judiciária de desjudicialização dos conflitos de interesses**

A partir do momento em que foi promulgada a CRFB/88, o Poder Judiciário brasileiro passou a enfrentar uma sobrecarga de processos provenientes do excesso de conflitos existentes na sociedade<sup>27</sup>.

Em razão da estrutura burocratizada e calcificada do Poder Judiciário, a prestação jurisdicional se caracterizou como lenta e insatisfatória à urgente resposta que a sociedade exigia. A morosidade no desempenho da atividade do Poder Judiciário gerou uma ausência de credibilidade quanto ao papel desenvolvido por este junto à sociedade.

Era necessário reverter esse quadro de afastamento do Judiciário e de incredulidade sobre as atividades e ações por ele desempenhadas. A aproximação do Judiciário com a população brasileira era medida urgente que deveria ser buscada.

---

<sup>25</sup> Levou-se em consideração a última atualização disponível do Censo, antes da implementação da Resolução CNJ n° 125/2010. Cf. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo Demográfico 2010* [em linha]. IBGE, 2011. <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>> [10 fevereiro 2015].

<sup>26</sup> O Relatório *Justiça em Números* do ano de 2011 especifica os dados gerais de movimentação no que pertine à litigiosidade processual. Ao longo do ano de 2010, foram distribuídos, especificamente, 17,7 milhões de processos na Justiça Estadual, 3,2 milhões na Justiça Federal e 3,3 milhões na Justiça Trabalhista.

<sup>27</sup> De Acordo com o Sumário executivo do Relatório *Justiça em Números*, em 2009, tramitaram em torno de 86,6 milhões de processos nas três esferas de Justiça – federal, estadual e do trabalho, considerando-se nesse quantitativo a soma de casos novos e dos processos pendentes de baixa definitiva. Em Conselho Nacional de Justiça (Brasil). *Relatório Justiça em Números 2009: panorama do Judiciário Brasileiro Sumário Executivo* [em linha] Brasília: CNJ, 2010. <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/rel\\_sumario\\_exec\\_jn2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/rel_sumario_exec_jn2009.pdf)> [10 agosto 2015].

Em 23 de abril de 2010, quando tomou posse como presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Cezar Peluso manifestou sua grande preocupação sobre os problemas existentes e que deveriam ser enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro.

Em seu discurso de posse, já se verificava o novo direcionamento a ser dado aos problemas vivenciados pelo Poder Judiciário brasileiro:

[...] as rápidas transformações por que vem passando, sobretudo nas últimas décadas, a sociedade brasileira, têm agravado o quadro lastimável, em virtude da simultânea e natural expansão da conflituosidade de interesses que, desaguando no Poder Judiciário, o confronta com sobrecarga insuportável de processos, em todas as latitudes do seu aparato burocrático. É uma das causas proeminentes desse fenômeno está, como bem acentua o Des. Kazuo Watanabe, na falta de uma política pública menos ortodoxa do Poder Judiciário em relação ao tratamento dos conflitos de interesses.

O mecanismo judicial, hoje disponível para dar-lhes resposta, é a velha solução adjudicada, que se dá mediante produção de sentenças e, em cujo seio, sob influxo de uma arraigada cultura de dilação, proliferam os recursos inúteis e as execuções extremamente morosas e, não raro, ineficazes. É tempo, pois, de, sem prejuízo doutras medidas, incorporar ao sistema os chamados meios alternativos de resolução de conflitos, que, como instrumental próprio, sob rigorosa disciplina, direção e controle do Poder Judiciário, sejam oferecidos aos cidadãos como mecanismos facultativos de exercício da função constitucional de resolver conflitos. Noutras palavras, é preciso institucionalizar, no plano nacional, esses meios como remédios jurisdicionais facultativos, postos alternativamente à disposição dos jurisdicionados, e de cuja adoção o desafogo dos órgãos judicantes e a maior celeridade dos processos, que já serão avanços muito por festejar, representarão mero subproduto de uma transformação social ainda mais importante, a qual está na mudança de mentalidade em decorrência da participação decisiva das próprias partes na construção de resultado que, pacificando, satisfaça seus interesses<sup>28</sup>.

No pronunciamento do ministro Cezar Peluso é possível observar que a solução a ser dada ao desafogamento da justiça e a resolução dos conflitos existentes na sociedade tendia para à implantação de um novo modelo de atuação do Judiciário, que consistia na utilização de meios alternativos de solução de conflitos de interesses.

No teor de seu discurso percebia-se com clareza uma inclinação para se promover um afastamento dos conflitos de interesses da exigência de uma solução

---

<sup>28</sup> Cf. Peluso, Cezar. *[Discurso de posse]* [em linha]. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoPeluso.pdf>> [4 novembro 2015].

adjudicada por meio da sentença judicial. A direção apontada pelo próprio Poder Judiciário primava pela obtenção da pacificação social pela utilização de mecanismos alternativos de solução de conflitos.

O que se nota é que o Poder Judiciário tomou a iniciativa de promover uma alteração na forma com que os conflitos de interesses eram recepcionados e resolvidos na sociedade brasileira. Com isso, o Judiciário caminhava para o redimensionamento de uma nova interpretação do princípio da inafastabilidade jurisdicional a que alude o inciso XXXV do art. 5º da CRFB/88. Mediante essa nova concepção, o Poder Judiciário passaria a exercer um novo protagonismo o qual, no presente trabalho, apresenta-se como sendo um protagonismo endógeno, visto que ocorre no corpo estrutural e funcional do próprio Poder Judiciário brasileiro.

Ao iniciar os trabalhos na presidência do Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, junto ao Conselho Nacional de Justiça, o min. Cezar Peluso nomeou um grupo de trabalho, composto eminentemente por magistrados, para elaborar uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses. As orientações e as concepções extraídas por esse grupo de trabalho resultaram na criação da Resolução CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010, que institucionalizou a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário<sup>29</sup>.

Veja-se que o propósito do grupo de trabalho, responsável pela elaboração da política judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses foi de dar um direcionamento ao maior problema vivenciado pelo Judiciário brasileiro: a morosidade da prestação jurisdicional, ocasionada pela excessiva litigiosidade judicial<sup>30</sup>, que acarreta o congestionamento processual.

---

<sup>29</sup> Conselho Nacional De Justiça (Brasil). Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências [em linha] <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/arquivo\\_integral\\_publicacao\\_resolucao\\_n\\_125.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_publicacao_resolucao_n_125.pdf)> [1º março 2013].

<sup>30</sup> O Conselho Nacional de Justiça firmou parcerias com a comunidade acadêmica, a fim de realizar um diagnóstico sobre os problemas decorrentes da prestação jurisdicional no país. Nesse sentido, a Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP), a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) desenvolveram pesquisas sobre as causas externas e internas que ocasionam o aumento da litigiosidade no Brasil. Os diagnósticos apresentados por essas instituições foram essenciais para a formulação de uma política judiciária específica para o tratamento adequado dos conflitos de interesses, com enfoque nos meios consensuais como a mediação e a conciliação. Além disso, essas pesquisas empíricas orientaram no desenvolvimento de ações e programas direcionados à desjudicialização dos conflitos de interesses na sociedade brasileira.

Desta forma, o grupo de trabalho elaborou a política estabelecendo mecanismos de filtragem ao acesso à justiça com o propósito de possibilitar o gerenciamento do acervo processual pelo Judiciário brasileiro. Nesse aspecto, ressei as considerações de Daniela Gabbay e Luciana Cunha sobre o assunto:

A morosidade, como revelam tanto as pesquisas de opinião como os dados disponíveis, se constitui em um dos mais graves problemas do Judiciário. Trata-se da crítica mais longa e constante. A lentidão expressa nas taxas de congestionamento é, de fato, muito expressiva, provocando consequências que vão desde a descrença na instituição até impactos nos padrões de civilidade. Assim, os efeitos advindos do problema da morosidade não necessitariam de maiores explicações para justificar sua inclusão entre os temas prioritários de pesquisa. O enfrentamento dessa questão depende fundamentalmente da identificação dos principais gargalos, de suas causas e das possibilidades de solução<sup>31</sup>.

Assim, a Resolução CNJ n° 125/2010 passou a regulamentar a mediação e a conciliação - meios consensuais de solução de conflitos de interesse, como sendo instrumentos tendentes à pacificação social, à solução e à prevenção de litígios, no desígnio de conter a litigiosidade processual.

No preâmbulo da Resolução CNJ n° 125/2010 consta o objetivo primordial da política, que consiste na ampliação do acesso à justiça traduzido num acesso à ordem jurídica justa, que implica na satisfação da adequada prestação jurisdicional, revestida de forma célere e efetiva: “CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”<sup>32</sup>.

Como bem atenta Valeria Luchiari:

As experiências desenvolvidas no Brasil permitem constatar que o acesso à justiça, como “acesso à ordem jurídica justa”, se viabiliza com a condução efetiva do processo pelo juiz (gerenciamento do processo e gestão cartorária) e com a utilização de unidade judiciária (que a Resolução n° 125 denomina de Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania), responsável não só pelo trabalho com os métodos consensuais de solução de conflitos, mas também por serviços de cidadania e orientação jurídica, que levam à pacificação social, advindo daí o abrandamento da

---

<sup>31</sup> Em Gabbay, Daniela Monteiro e Cunha, Luciana Gross *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>32</sup> Conselho Nacional de Justiça (Brasil). *Resolução n° 125, de 29 de novembro de 2010...* pp. 1.

morosidade da justiça, a diminuição do número de processo e de seus custos, como consequências reflexas<sup>33</sup>.

Ressalte-se que, o Conselho Nacional de Justiça, quando instituiu a Resolução CNJ n° 125/2010, preocupou-se em conceituar a conciliação e a mediação como métodos consensuais de solução de conflitos.

Assim, conforme o Conselho Nacional de Justiça<sup>34</sup>, a conciliação consiste:

[em um] método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes<sup>35</sup>.

Por sua vez, a mediação é conceituada pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>36</sup> como sendo:

Uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. A mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades<sup>37</sup>.

Contudo, merece observação que, ao conceituar conciliação e mediação, o CNJ tenta traçar as diferenças existentes entre ambos os meios consensuais de solução pacificada de conflitos de interesses.

Nesse sentido, formula-se uma indagação: Apesar da distinção conceitual existente entre a mediação e a conciliação é adequada a aplicação do mesmo procedimento para ambos os institutos?

Entende-se que não. Ao fazer isso, o Conselho Nacional de Justiça cometeu um equívoco, pois distinguiu conceitualmente, mas não se preocupou em diferenciar os procedimentos a serem aplicados à conciliação e mediação especificamente. Na medida

---

<sup>33</sup> Em Luchiari, Valeria Ferioli Lagrasta. A Resolução n° 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta. In: Peluso, Antonio Cezar e Richa, Morgana de Almeida (coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 335.

<sup>34</sup> O conceito de conciliação formulado pelo Conselho Nacional de Justiça encontra-se no *site* oficial do órgão judiciário. [em linha]. <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao>> [s.d.].

<sup>35</sup> Conselho Nacional de Justiça (Brasil.). *Conciliação e Mediação: Portal da Conciliação* [em linha]. <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>> [10 março 2016].

<sup>36</sup> Igualmente o conceito de mediação foi definido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no *link* destinado aos programas e ações de conciliação e mediação [em linha]. <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao>> [10 março 2016].

<sup>37</sup> Conselho Nacional de Justiça (Brasil.). *Conciliação e Mediação: Portal da Conciliação...*

em que a Resolução CNJ n° 125/2010 distingue o conceito, mas não diferencia o procedimento e a forma de desenvolvimento dos métodos, na prática, trata a conciliação e a mediação de forma equivalente.

Segundo Petronio Calmon, a mediação “é essencialmente a negociação em que se insere um terceiro, que conhece os procedimentos eficazes de negociação e pode ajudar os envolvidos a coordenar as suas atividades e ser mais eficaz em seu desiderato<sup>38</sup>”.

Como reconhece o autor, a mediação é um procedimento informal em que as partes negociam. A interferência do mediador se restringe ao auxílio e facilitação da solução da controvérsia mediante a autocomposição do litígio<sup>39</sup>. Portanto a extrapolação desses limites já transforma a mediação em arbitragem porque, eventualmente, ocorreria a interferência na vontade manifesta das partes.

Quando conceitua a conciliação, Petronio Calmon analisa a sua proximidade com a transação, na medida em que entende que a conciliação tem como finalidade a obtenção de um acordo entre as partes, acordo este que pode impor uma transação. Dessa forma, a conciliação consiste em um

mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte, é fiscalizada ou é orientada pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes<sup>40</sup>.

Superadas as questões conceituais estabelecidas pela política pública instituída pelo Conselho Nacional de Justiça, há que se destacar que a Resolução CNJ n° 125/2010 instituiu um novo modelo de atuação do Poder Judiciário, focalizado numa diferente forma de gerenciamento e estruturação.

Isto é, a Resolução CNJ n° 125/2010 estrutura a política pública a partir dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que exercem funções específicas.

Essa reformulação estrutural definida pela política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses possibilita a criação do que Pierre Bourdieu

---

<sup>38</sup> Calmon, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 113.

<sup>39</sup> Silva, Luciana y Aboim Machado Gonçalves. “Mediação interdisciplinar de conflitos, mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares”. Em: Silva, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (coords.). *Mediação de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>40</sup> Calmon, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação...* pp. 134.

identifica como sendo novos “campos sociais”<sup>41</sup>. Nessa nova estrutura se inserem os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

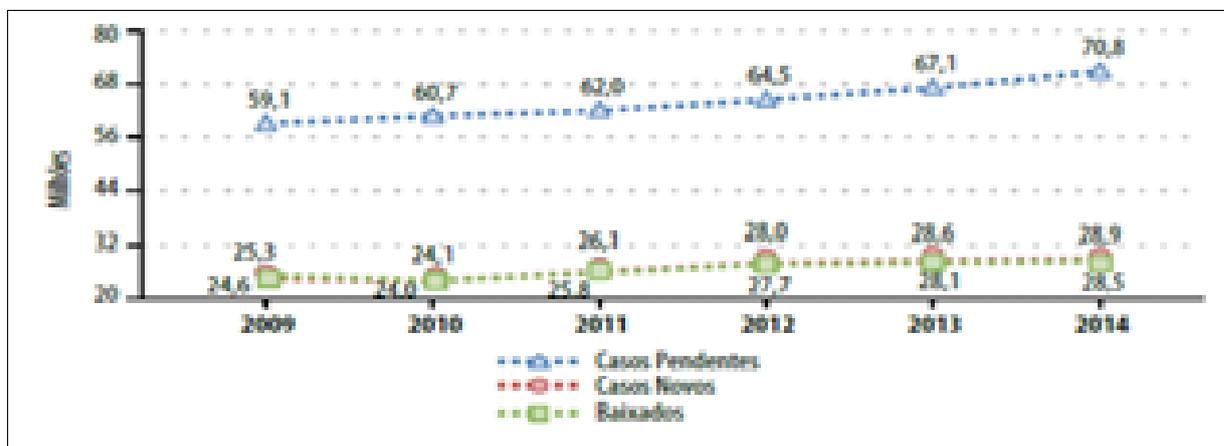
Enquanto os Núcleos Permanentes atuam politicamente, desenvolvendo a política no âmbito regional, estabelecendo a interlocução com outros Tribunais e órgãos integrantes, e promovendo a capacitação dos magistrados, servidores, conciliadores e mediadores, os Centros se atêm à prática dos métodos consensuais de solução de conflitos, ou seja, ficam responsáveis pela execução da política junto à sociedade e pela ampliação da orientação jurídica aos cidadãos brasileiros.

#### 4. Os desafios que afetam a política pública judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses

O Relatório *Justiça em Números* de 2015, relativo ao ano-base de 2014, foi constatado que ainda existe no Poder Judiciário brasileiro um estoque global em torno de 70,8 milhões de processos que ainda dependem de julgamento<sup>42</sup>:

Figura 1.

Série Histórica da Movimentação Processual – Período: 2009 a 2014



Fonte: Relatório *Justiça em Números 2015: ano-base 2014* do Conselho Nacional de Justiça

Na contramão dos objetivos e dos fins propostos pela política pública judiciária nacional, é possível verificar que houve um aumento gradual no acervo processual entre os anos de 2009 a 2014, apesar de todos os esforços empreendidos pelo Conselho

<sup>41</sup> Cf. Bourdieu, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

<sup>42</sup> Conselho Nacional de Justiça (Brasil). *Relatório Justiça em Números 2015...*, pp. 34.

Nacional de Justiça no sentido de diminuir o congestionamento processual nos âmbitos nacional, regional e estadual.

A figura anterior mostra que, no ano de 2014, o quantitativo de casos novos (processos distribuídos) encontra-se na ordem de 28,9 milhões, valor que equivale ao quantitativo de casos baixados (processos findos), que ficam em torno de 28,5 milhões. Assim, o grande problema do congestionamento do Judiciário brasileiro ainda reside no quantitativo de casos pendentes de solução.

Nota-se, com isso, que a política pública judiciária direcionada a judicialização dos conflitos de interesses não se mostrou suficiente para absorver o enorme contingente processual e reduzir o quantitativo de processos que tramitam na justiça brasileira. Isso porque existem causas extrínsecas e intrínsecas que ensejam a judicialização do conflito, independentemente, da atuação proativa ou não do Judiciário na contenção da litigiosidade processual.

## **5. Conclusão**

No Brasil, o movimento de reestruturação democrática representou o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se destaca o princípio do acesso à jurisdição simplesmente e, não à justiça.

A consagração do princípio constitucional da ubiquidade da jurisdição, juntamente com a conscientização mais ampla da cidadania, sedimentaram a prática da judicialização de demandas na justiça brasileira, além de outros fatores externos e internos de natureza econômica, social e política. Verificou-se que a judicialização ocasionou um impacto na justiça brasileira, principalmente, porque a cultura do litígio provocou um congestionamento de processos judiciais em trâmite na justiça brasileira.

Desse modo, o Conselho Nacional de Justiça primou pela implantação de um novo modelo de atuação do Judiciário, que consiste na utilização de meios consensuais de solução de conflitos de interesses, no sentido de promover um afastamento à solução adjudicada por meio da sentença judicial.

Contudo, apesar de todo esforço empreendido pelo Conselho Nacional de Justiça, no sentido de reduzir o congestionamento de processos na justiça brasileira, mediante as iniciativas abrangidas pela política pública judiciária, observa-se que, ainda assim, não foi possível diminuir a taxa de congestionamento processual.

### Referencias Bibliográficas

- Bourdieu, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- Brasil. Constituição “Constituição da República Federativa do Brasil”. Em: Angher, Anne Joyce (coords.). *Vade Mecum acadêmico de Direito Rideel*. São Paulo: Rideel, 2014.
- Calmon, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- Cambi, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário”. *Revista dos Tribunais*, 2011.
- Cappelletti, Mauro e Garth, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- Chai, Cássius Guimarães. *Jurisdição constitucional concreta em uma democracia de riscos*. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2007.
- Conselho Nacional de Justiça (Brasil). *Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional* [em linha]. CNJ. <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat\\_estudo\\_comp\\_inter.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf)> [22 janeiro 2016].
- Conselho Nacional de Justiça (Brasil). *Relatório Justiça em Números 2015* [em linha]. CNJ, 2015. <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>> [29 outubro 2015].
- *Relatório Justiça em Números 2010* [em linha]. Brasília: CNJ, 2010. <[www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel\\_justica\\_numeros\\_2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf)> [10 agosto 2015].
- *Relatório Justiça em Números 2009: panorama do Judiciário Brasileiro (Sumário Executivo)* [em linha]. Brasília: CNJ, 2010. <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/rel\\_sumario\\_exec\\_jn2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/rel_sumario_exec_jn2009.pdf)> [10 agosto 2015].
- Resolução n° 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências [em linha]. <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/arquivo\\_integral\\_publicacao\\_resolucao\\_n\\_125.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_publicacao_resolucao_n_125.pdf)> [1° março 2013].

- *Conciliação e Mediação: Portal da Conciliação* [em linha]. Brasília: CNJ, 2016. <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>> [10 março 2016].
- Gabbay, Daniela Monteiro e Cunha, Luciana Gross (coords.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo Demográfico 2010* [em linha]. IBGE. <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. [10 fevereiro 2015].
- Junqueira, Eliane Botelho. “Acesso à justiça: um olhar retrospectivo” [em linha]. *Revista Estudos Históricos*. <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>> [10 julho. 2014].
- Lassalle, Ferdinan. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- Luchiani, Valeria Ferioli Lagrasta. A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta. In: Peluso, Antonio Cezar e Richa, Morgana de Almeida (coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- Manzini-Covre, Maria de Lourdes. Cidadania, cultura e sujeitos. In: Spink, Mary Jane Paris (org.). *A cidadania em construção: uma reflexão transdisciplinar*. São Paulo: Cortez, 1994. pp. 123.
- Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- Peluso, Cezar. *Discurso de posse* [em linha]. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoPeluso.pdf>> [4 novembro 2015].
- Rousseau, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- Sadek, Maria Tereza Aina. “Acesso à Justiça: porta de entrada para a inclusão social”. Em: Livianu, Roberto (coord.). *Justiça, cidadania e democracia*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein Pesquisa Social, 2009.

Santos, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2005.

Silva, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. “Mediação interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares”. Em: Silva, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (coords.). *Mediação de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013.

V. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN,  
UNA ÚTIL HERRAMIENTA



# EL IMPACTO DE LA MOVILIZACIÓN CONTRA EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS LIBROS DE TEXTO

## THE IMPACT OF MOBILIZATION AGAINST EDUCATION FOR CITIZENSHIP AND HUMAN RIGHTS IN TEXT BOOKS

Alicia Muñoz Ramírez  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** Entre 2004 y 2011 el movimiento católico español resurgió al primer plano del activismo político y social, tal y como hizo en épocas pasadas, utilizando diversos repertorios de acción para movilizarse contra algunas de las políticas y leyes iniciadas por el Gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero. Una de las líneas de actuación que este movimiento llevó a cabo, y que más éxito tuvo, fue la movilización contra la Ley Orgánica de Educación y la consiguiente Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos (EpC).

La intención de este trabajo es conocer cuáles eran las editoriales más utilizadas por los diferentes centros escolares, tanto públicos como privado-concertados, para impartir EpC en las comunidades autónomas de Castilla-La Mancha, Castilla y León y Madrid. Obtenida esta información se analizarán los contenidos desarrollados por los libros de texto de estas editoriales, contrastándolos con los contenidos fijados por los Reales Decretos de enseñanzas mínimas para Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria, de 2006, y con las demandas y recomendaciones internacionales en materia de educación cívico-democrática y en Derechos Humanos. Los resultados obtenidos evidenciarán que la movilización contra EpC consiguió que las principales editoriales de libros de texto impartieran parte de los contenidos mínimos de esta educación de forma catolizada y bastante desdibujada.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, Educación para la Ciudadanía, Movimiento católico, Libros de texto.

**Abstract:** Between 2004 and 2011 the Spanish Catholic movement resurfaced to the forefront of political and social activism, just as this movement did in past times, using various repertoires of action to mobilize against some of the policies and laws initiated by the socialist government of José Luis Rodríguez Zapatero. One of the lines of action that this movement carried out, and that more success had, was the mobilization against the Organic Law of Education and Education for Citizenship and Human Rights.

The intention of this work is to know which were the publishing houses most used by the different schools, both public and private-concerted, to teach Education for Citizenship and Human Rights in the autonomous communities of Castilla-La Mancha, Castilla y León and Madrid. Obtained this information will be analyzed the contents developed by the textbooks of these publishing houses, contrasting these contents with the contents fixed by the Royal Decrees of minimum education for Primary Education and Compulsory Secondary Education, of 2006, and with the international demands and recommendations in matters of civic-democratic education and in Human Rights. The results obtained will show that the mobilization against Education for Citizenship and Human Rights achieved the main publishing houses of textbooks imparted part of the minimum contents of this education in a Catholic, superficial and incomplete manner.

**Keywords:** Human Rights, Education for Citizenship, Catholic movement, Textbooks.

## 1. Proceso movilizador contra Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos

Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, conocida popularmente en España como EpC, comenzó a implementarse en el sistema educativo español a partir de la aprobación de la Ley Orgánica de Educación (LOE), del 3 de mayo de 2006, siendo desarrollada como asignatura específica y obligatoria en Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato. Con ello se respondía a las demandas y recomendaciones, del Consejo de Europa y de Naciones Unidas, de desarrollar una Educación para la Ciudadanía Democrática y los Derechos Humanos en los sistemas educativos de los países miembros<sup>1</sup>.

No debe olvidarse que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 26, también indica la necesidad de educar en y para los Derechos Humanos. De igual modo hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, en sus artículos 13 y 14, pues el derecho a la educación es el único Derecho Humano al que se le reconoce explícitamente la tarea de promocionar y difundir el resto de los Derechos Humanos.

Ahora bien, la intención de desarrollar este tipo de educación no fue del agrado de todos los sectores de la sociedad española, como por ejemplo ocurrió entre los sectores neoconservadores católicos. De hecho, fue a partir de un Congreso que tuvo lugar en Murcia, en diciembre de 2004, organizado por la Universidad Católica de Murcia con la colaboración del Consejo Pontificio para la Familia de la Santa Sede, cuando el movimiento católico español desarrolló un discurso iusnaturalista y tradicionalista católico que comenzó a manifestarse, de forma más específica y

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo: Council of Europe. *Final Declaration and Action Plan of the Second Summit of Heads of State and Government of the member States of the Council of Europe* [en línea], Estrasburgo, 1997. <<https://rm.coe.int/168063dced>> [29 agosto 2016]; Consejo de Europa. *Recomendación (2002)12 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la educación para la ciudadanía democrática* [en línea], 2002. <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2183563&SecMode=1&DocId=1380998&Usage=2>> [29 agosto 2016]; UNESCO. *Plan Mundial de Acción para la Educación en pro de los Derechos Humanos y la Democracia* [en línea]. Montreal, marzo 1993. <<http://www.conalep.edu.mx/normateca/legislacion/Documents/Tratados%20Internacionales/0071-PLAN%20MUNDIAL%20ACCI%C3%93N%20EDUCACION.pdf>> [29 agosto 2016]; Asamblea General de Naciones Unidas. "Plan de Acción de las Naciones Unidas para la Educación en la esfera de los Derechos Humanos, 1995–2004: Educación en la esfera de los Derechos Humanos –Lecciones para la vida–" [en línea], 1996. <<https://amnistia.org.mx/contenido/wp-content/uploads/2016/11/N9700805.pdf>> [29 agosto 2016] y Asamblea General de Naciones Unidas. "Programa Mundial para la educación en derechos humanos" [en línea], 2005. <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/483/07/PDF/N0448307.pdf?OpenElement>> [29 agosto 2016].

unificada, contra esta educación y contra el modelo educativo propuesto por los socialistas<sup>2</sup>.

Este discurso elaborado por el movimiento católico español bebía directamente, como se ha podido comprobar, del discurso de “Nueva Evangelización” elaborado por la Santa Sede y destinado a reevangelizar Europa<sup>3</sup>, siendo un discurso claramente alternativo al de la Organización de Naciones Unidas (ONU)<sup>4</sup>.

La rama más conservadora de la jerarquía eclesiástica española, representada por destacados e influyentes obispos, como Antonio Cañizares, Juan Antonio Martínez Camino o Antonio María Rouco Varela, quien fue Presidente de la Conferencia Episcopal Española (CEE) entre 1999-2005 y 2008-2014 y uno de los hombres de mayor confianza de Juan Pablo II y de Benedicto XVI, se encargó de reproducir el discurso de la Santa Sede, afirmando que EpC estaba contribuyendo al avance del secularismo, a extender la dictadura del relativismo y a imponer la “ideología género”. Por ello promovieron la acción colectiva de sus fieles y defendieron la objeción de conciencia y la desobediencia civil contra esta educación<sup>5</sup>.

Esta línea discursiva estuvo respaldada por la cúpula del grupo político del Partido Popular (PP), sobre todo a partir de un curso de verano, relativo a la situación actual de la educación religiosa en España, que estuvo dirigido por el Vicepresidente de la CEE entre 2005 y 2008, Antonio Cañizares Llovera, y que fue celebrado en la

---

<sup>2</sup> S. a. “La Universidad Católica de Murcia acoge el II Congreso de Educación y Familia. La familia: educación integral”. *Alfa y Omega*, 16 de diciembre de 2004, 429, pp. 3-6.

<sup>3</sup> Muñoz Ramírez, Alicia. “Movilización contra Educación para la Ciudadanía: desencadenantes transnacionales”. En González Madrid, Damián A.; Ortiz Heras, Manuel y Pérez Garzón, Juan Sisinio (coords.). *La Historia, lost in translation?. Actas del XIII Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2017, pp. 2387-2400.

<sup>4</sup> Muñoz Ramírez, Alicia. “Movilización contra Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos en España: una educación obstaculizada”. En Pando Ballesteros, María de la Paz; Muñoz Ramírez, Alicia y Garrido Rodríguez, Pedro (dirs. y eds.). *Pasado y Presente de los Derechos Humanos. Mirando al Futuro*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2016, pp. 85-86.

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo: Conferencia Episcopal Española. *La CEE ha celebrado una jornada de estudio sobre Educación para la Ciudadanía* [en línea], 17 de noviembre de 2006. <<http://www.conferenciaepiscopal.es/la-cee-ha-celebrado-una-jornada-de-estudio-sobre-educacion-para-la-ciudadania/>> [29 agosto 2016]; Rouco Varela, Antonio M<sup>a</sup>. “Conferencia en el Club Siglo XXI del cardenal Antonio María Rouco Varela, arzobispo de Madrid. El derecho a la educación y sus titulares ¿De nuevo en la incertidumbre histórica” [en línea]. *alfayomega.es*, 8 de febrero de 2007. <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:M\\_BK8FQ-dxEJ:alfayomega.es/documento-27+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=es](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:M_BK8FQ-dxEJ:alfayomega.es/documento-27+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=es)> [29 agosto 2016]; Cañizares Llovera, Antonio. *Instrucción pastoral. Reflexiones sobre la educación en España, hoy* [en línea], 21 de septiembre de 2007. <<http://www.architoledo.org/arzobispo/Cartas%202007/2007%20Carta%20Pastoral%20Educacion.pdf>> [29 agosto 2016] y Conferencia Episcopal Española. *XCIX Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal. La verdad del amor humano. Orientaciones sobre el amor conyugal, la ideología de género y la legislación familiar* [en línea], 26 de abril de 2012. <<http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos-plenaria/2843-la-verdad-del-amor-humano-orientaciones-sobre-el-amor-conyugal-la-ideologia-de-genero-y-la-legislacion-familiar.html>> [29 agosto 2016].

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, en julio de 2006, participando altos cargos de la CEE y del PP<sup>6</sup>. De igual forma, destacados medios de medios de comunicación de ideología afín y organizaciones y asociaciones de tendencia neoconservadora católica, tales como por ejemplo la Confederación Católica Nacional de Padres de Familia y Padres de Alumnos (CONCAPA), Profesionales por la Ética, HazteOir o el Foro Español de la Familia, entre otras, también se encargaron de defender, reproducir y alentar el discurso contra EpC<sup>7</sup>.

La vía de actuación específica contra esta educación se desplegó, con actuaciones concretas, a partir de mediados-finales de 2006. Lo que se debía, en parte, a la aprobación de la Ley Orgánica de Educación y a que comenzaron a elaborarse los borradores de los contenidos mínimos de esta educación, los cuales quedaron fijados en los Reales Decretos de enseñanzas mínimas para Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria, de 2006<sup>8</sup>.

La estrategia consistía principalmente en promover la actuación de los católicos de base, sobre todo de padres y madres, animándoles a crear plataformas *ad hoc*, las cuales empezaron a surgir en junio de 2007<sup>9</sup> y se agruparon, a partir de 2009, en la Federación España Educa en la Libertad.

Los movilizados extendieron sus repertorios de acción mediante el despliegue de protestas, performances, campañas, seminarios, jornadas, ruedas de prensa, vídeos y con la publicación de gran variedad de guías, informes y libros. La intención era deslegitimar, oponerse e incitar a la objeción de conciencia contra EpC. Según datos de Profesionales para la Ética, hasta 2012, llegaron a registrarse algo más de 54.000 declaraciones de objeción de conciencia a esta educación<sup>10</sup>. Del mismo modo, se

---

<sup>6</sup> Muñoz Ramírez, Alicia. “¿Qué ha sido de Educación para la Ciudadanía con el Partido Popular?” [en línea]. *Foro de Educación*, 2016, vol. 14, núm. 20, pp. 105-128. <<http://dx.doi.org/10.14516/fde.2016.014.020.007>> [29 agosto 2016].

<sup>7</sup> Carratalá, Adolfo. “La representación de la protesta contra Educación para la Ciudadanía en ABC y La Razón” [en línea]. *Ámbitos. Revista internacional de comunicación*, 2013, 23, pp. 11-20 <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=16832254002>> [29 agosto 2016]; Muñoz Ramírez, Alicia. “¿Qué ha sido de Educación para la Ciudadanía...”, pp. 109-117 y Muñoz Ramírez, Alicia. “Movilización contra Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos en España...”, pp. 87-91.

<sup>8</sup> Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria. *BOE*, 293, de 8 de diciembre de 2006, pp. 43053-43102.; Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria. *BOE*, 5, de 5 de enero de 2007, pp. 677-773.

<sup>9</sup> Profesionales por la ética. *¡Ni un paso atrás! La batalla de los padres frente a Educación para la ciudadanía*. Madrid: Critería, 2009, pp. 64 y 65.

<sup>10</sup> Urcelay, Jaime: “Los falsarios de la Historia. Poner fin al Adoctrinamiento de EPC, recuperar libertad” [en línea]. *La razón histórica: revista hispanoamericana de historia de las ideas políticas y sociales*, 2011, 16 <<http://www.revistalarazonhistorica.com/16-15/>> [29 agosto 2016].

promovieron demandas contra EpC y contra los libros de texto que la desarrollaban. Incluso se presentaron recursos de amparo ante diversos tribunales.

El Tribunal Supremo y el Constitucional se pronunciaron, en febrero de 2009 y en marzo de 2014, respectivamente, negando que esta educación tuviera carácter adoctrinador y negando la posibilidad de ejercer objeción de conciencia a ella<sup>11</sup>. Sin embargo, las actuaciones del movimiento siguieron adelante, presentando denuncias contra esta educación en diversos foros y espacios internacionales, como por ejemplo el Consejo de Derechos Humanos de la ONU; la Cumbre de la ONU sobre Educación; el Fórum de la Santa Sede de ONGs expertas en familia; *Fundamental Rights Agency* de la Unión Europea; el Consejo de Europa o el Parlamento Europeo.

## 2. Efectos de la movilización contra Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos en los libros de texto

Los efectos del proceso movilizador contra EpC fueron bastante efectivos y se dejaron ver, en parte, en el acuerdo que llevó a cabo el Ministerio de Educación y Ciencia, en 2007, permitiendo que los centros de Escuelas Católicas, qué es una organización que agrupa a más de la mitad de los centros privado-concertados, de ideario católico, del sistema educativo español y que desde un principio estuvo en contra de EpC, pudieran adaptar los contenidos de esta educación a su propio ideario<sup>12</sup>. Ello produjo una división en el colectivo católico y una disminución de apoyos al sector irreductible del movimiento, el cual reprochó duramente a Escuelas Católicas su pragmatismo sin lograr impedirlo, ya que eran más partidarios de eliminar por completo EpC y no tanto de someterla a cambios de contenido o adaptaciones<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo. Pleno sentencia). *Sentencia estimatoria y desestimatoria de 11 de febrero de 2009, Recurso Núm.: 948/2008* [en línea], 11 de febrero de 2009. <[http://www.iustel.com/v2/diario\\_del\\_derecho/docs/Sentencia\\_TS\\_Ast\\_2.pdf](http://www.iustel.com/v2/diario_del_derecho/docs/Sentencia_TS_Ast_2.pdf)> [29 agosto 2016]; Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo. Pleno sentencia). *Sentencia estimatoria y desestimatoria de 11 de febrero de 2009, Recurso Núm.: 949/2008* [en línea], 11 de febrero de 2009. <[http://www.iustel.com/v2/diario\\_del\\_derecho/docs/Sentencia\\_TS\\_Ast\\_3.pdf](http://www.iustel.com/v2/diario_del_derecho/docs/Sentencia_TS_Ast_3.pdf)> [29 agosto 2016]; y Tribunal Constitucional (Sala Segunda). "Sentencia núm. 41/2014 de 24 de marzo" [en línea]. *BOE*, 87, de 10 de abril de 2014, pp. 66-76. <<https://www.boe.es/boe/dias/2014/04/10/pdfs/BOE-A-2014-3884.pdf>> [29 agosto 2016].

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo: Escuelas Católicas. *Declaración final de las asambleas de FERE-CECA y EyG* [en línea], 23 de febrero de 2007. <[HTTP://WWW.ESCUELASCATOLICAS.ES/PAGINAS/ASAMBLEA2007.ASPX](http://WWW.ESCUELASCATOLICAS.ES/PAGINAS/ASAMBLEA2007.ASPX)> [29 agosto 2016]; Federación de Religiosos de la Enseñanza-Centros Católicos (FERE - CECA). *Claves para ofrecer Educación para la Ciudadanía en un centro católico*. Madrid: Escuelas Católicas, 2007.

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo: Morán, Carmen y Aunión, J. A. "Los colegios católicos denuncian presiones para que no se dé ciudadanía". *El País*, 24 de febrero de 2007, p. 38; Aguilar Fernández, Susana. "La jerarquía católica española en perspectiva comparada, la confrontación política entre la Iglesia y el Gobierno

Igualmente, el impacto de la movilización también se dejó sentir en la forma de impartir EpC por parte de los docentes e influyó en la moderación de las editoriales y en la elección, en numerosos centros, de libros de texto no conflictivos. Precisamente se tendía a elegir libros de editoriales que evitaran desarrollar aspectos cuestionados por los activistas católicos.

Gracias a la información facilitada por las Juntas de Educación de las comunidades autónomas de Castilla-La Mancha, Castilla y León y Madrid, se ha podido comprobar que los libros de texto publicados por las editoriales de SM, Santillana, Anaya y Oxford, vinculadas, respectivamente, a la Compañía de María, el Grupo PRISA, el grupo francés *Lagardère* y la Universidad de Oxford, han sido los más utilizados en los colegios e institutos públicos de Castilla-La Mancha, Castilla y León y la Comunidad de Madrid para impartir, en cada uno de los diferentes cursos, el área de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos<sup>14</sup>.

Conviene destacar que estas editoriales, principalmente SM, Santillana y Anaya son, según los datos de la Federación de Gremios de Editores de España (FGEE), las que mayor volumen de facturación anual alcanzan y, por tanto, las que mayor influencia ejercen en el panorama educativo español<sup>15</sup>. Puede que precisamente por eso decidieran suavizar los contenidos y, así, seguir asegurándose el amplio mercado de ventas y evitar posibles polémicas o sentencias judiciales.

Por su parte, los centros concertados de estas tres comunidades autónomas prefirieron apoyarse, en base a los datos obtenidos, en la editorial católica de SM, seguida de la de Edebé, propiedad de la Congregación Salesiana.

---

socialista a comienzos del siglo XXI” [en línea]. *Revista Internacional de sociología (RIS)*, 2013, vol. 71, 2, p. 319. <<http://revintsociologia.revistas.csic.es/index.php/revintsociologia/article/view/517/539>> [29 agosto 2016].

<sup>14</sup> Conviene indicar que la elección del intervalo de tiempo relativo al curso 2010-2011 se debe a que se corresponde con un periodo en el cual las materias de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos ya llevaban un año siendo aplicadas en todos los niveles educativos pertinentes y, por tanto, se puede entender que su proceso de impartición estaba afianzado.

El análisis se centró en los manuales de Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria, sin incluir Bachillerato, por ser en estos niveles, sobre todo en Secundaria, donde el movimiento contra Educación para la Ciudadanía focalizó sus críticas a la manera en que las editoriales de los libros de texto exponían los contenidos de esta educación.

<sup>15</sup> Estas editoriales, que recogen más de 60. 000. 000 € anuales cada una, son las que lideran el sector educativo, seguidas por Oxford, Edebé o Edelvives, entre otras. FGEE. *Comercio interior del libro en España 2011*. Madrid: Federación de Gremios de Editores de España, 2012, p. 12.

**Tabla 1.**

**Editoriales preferidas por los centros educativos para el área de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos en la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha (2010-2011)**

	<b>Colegios e Institutos públicos</b>	<b>Centros Concertados</b>
<b>5º Educación Primaria</b>	Santillana	SM
<b>2º Educación Secundaria</b>	SM	SM
<b>4º Educación Secundaria</b>	Oxford	SM

**Fuente: Elaboración propia en base a los datos facilitados por la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha**

**Tabla 2.**

**Editoriales preferidas por los centros educativos para el área de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos en la comunidad autónoma de Castilla y León (2010-2011)**

	<b>Colegios e Institutos públicos</b>	<b>Centros Concertados</b>
<b>5º Educación Primaria</b>	Anaya	SM
<b>2º Educación Secundaria</b>	SM	SM
<b>4º Educación Secundaria</b>	Santillana	SM

**Fuente: Elaboración propia en base a los datos facilitados por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León**

**Tabla 3.**

**Editoriales preferidas por los centros educativos para el área de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos en la comunidad autónoma de Madrid (2010-2011)**

	<b>Colegios e Institutos públicos</b>	<b>Centros Concertados</b>
<b>5º Educación Primaria</b>	SM	SM
<b>2º Educación Secundaria</b>	Oxford	SM
<b>4º Educación Secundaria</b>	Oxford	SM

**Fuente: Elaboración propia en base a los datos facilitados por la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid**

El análisis de estos libros de texto (SM, Santillana, Anaya y Oxford) evidencia que éstos evitaron desarrollar algunos aspectos considerados “polémicos” y “adoctrinadores” por parte del movimiento contrario a EpC. Contenidos que precisamente estaban relacionados con la diversidad afectivo-sexual y familiar, con las medidas y políticas para la igualdad de género, ya fueran nacionales o internacionales, con el interculturalismo y, en última instancia, con los Derechos Humanos, sobre todo con su representación como conquistas históricas inacabadas.

Es interesante destacar como en el apartado dedicado al estudio de la familia, pese a que hubiera sido oportuno para luchar contra la homofobia y la discriminación de los homosexuales, ningún libro de texto de los estudiados dio cuenta de la Ley que permitía el matrimonio homosexual, ni de la existencia de familias homosexuales, tajantemente rechazadas por la Iglesia católica, a excepción del manual de la editorial Oxford para 2º de Educación Secundaria Obligatoria, que hizo una breve referencia a su existencia<sup>16</sup>. Además, ninguno de estos libros utilizó imágenes o fotografías de familias homosexuales. Lo cual no deja de llamar la atención.

Aquellas editoriales más acordes con una perspectiva laica y/o progresista, muy criticadas por el movimiento católico<sup>17</sup>, pero algo más cercanas a los contenidos recogidos en los Reales Decretos de enseñanzas mínimas o a las recomendaciones internacionales, como eran, por ejemplo, Octaedro, Laberinto, Serbal o McGraw-Hill, entre otras, apenas alcanzaron representación en los centros educativos de las tres comunidades autónomas estudiadas, siendo prácticamente mínima su presencia en el caso de los centros privado-concertados, sobre todo en el caso de Castilla y León.

Incluso, el libro de texto de McGraw-Hill fue llevado por el movimiento contrario a esta educación, en junio de 2009, a los tribunales. Finalmente, el Tribunal Supremo dictaminó, el 12 de noviembre de 2012, que:

Exponer ordenadamente hechos, concepciones, actitudes no es adoctrinar (...) es difícilmente comprensible que se tenga por adoctrinadora la exposición de los distintos tipos de familia que existen en la sociedad española, tipos de familia que (...) con toda probabilidad conocen de antemano los alumnos a los que va dirigido el manual<sup>18</sup>.

### 3. Conclusiones

Se puede afirmar que la movilización contra EpC consiguió un manifiesto éxito, influyendo en la eliminación y catolización de algunos de los contenidos que fueron impartidos en los centros de ideario católico y consiguiendo que las principales

---

<sup>16</sup> Amodeo Escribano, Marisa: *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos. Secundaria. Proyecto Anfora*. San Fernando de Henares (Madrid): Oxford Educación, 2007, p. 17.

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo: Escandell, José J.; Ceballos, José Ángel y Páramo, Antonio. *Diecinueve manuales de educación para la ciudadanía*. Madrid: CEU, 2009 y Profesionales por la ética. "Educación para la Ciudadanía a cara descubierta" [en línea]. *profesionalesetica.org*, marzo 2010. <[http://www.profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2010/03/EpC\\_descubierta\\_2.pdf](http://www.profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2010/03/EpC_descubierta_2.pdf)> [29 agosto 2016].

<sup>18</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo. Sección Séptima). *Sentencia estimatoria de 12 de noviembre de 2012* [en línea], 12 de noviembre de 2012. <<http://www.aelpa.org/actualidad/201212/STS-sobreeduccion-para-la-ciudadania.pdf>> [29 agosto 2016].

editoriales del sector educativo pasaran por alto, moderaran o trataran muy por encima algunos de los contenidos básicos de esta educación. La reacción de estas editoriales se debía a que tenían miedo de verse expuestas a las críticas, denuncias y a los activos ataques y campañas de presión del movimiento contrario a esta educación, así como a que no querían perder, si se veían expuestas a la polémica, mercado de ventas.

Sin embargo no debe olvidarse que, precisamente, los contenidos que moderaron o pasaron por alto las principales editoriales de los libros de texto de EpC eran contenidos recogidos en los Reales Decretos de enseñanzas mínimas, de 2006, y contenidos incluidos en las principales demandas y recomendaciones internacionales relativas a la impartición de una Educación para la Ciudadanía Democrática y en Derechos Humanos.

El análisis de toda esta situación permite verificar que el efectivo impacto de la movilización contra EpC en los libros de texto hizo difícil que se cumpliera con los objetivos perseguidos con la implantación de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, desperdiciándose, mientras estuvo “formalmente” vigente esta educación en España, una buena oportunidad para la difusión de una cultura cívico-democrática y de Derechos Humanos.

### Referencias Bibliográficas

- Abad Pascual, Juan José. *Educación para la Ciudadanía*. Madrid: McGraw Hill, 2007.
- Aguilar Fernández, Susana. “La jerarquía católica española en perspectiva comparada, la confrontación política entre la Iglesia y el Gobierno socialista a comienzos del siglo XXI” [en línea]. *Revista Internacional de sociología (RIS)*, 2013, vol. 71, 2, pp. 309-334. <<http://revintsociologia.revistas.csic.es/index.php/revintsociologia/article/view/517/539>> [29 agosto 2016].
- Alfaro, Carmen *et al.* *Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos*. Madrid: Ediciones del Serbal, 2007.
- Amodeo Escribano, Marisa. *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos. Secundaria. Proyecto Ánfora*. San Fernando de Henares (Madrid): Oxford Educación, 2007.
- Aran, Josep María *et al.* *Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos*. Barcelona: Octaedro, 2007.

- Asamblea General de Naciones Unidas. "Plan de Acción de las Naciones Unidas para la Educación en la esfera de los Derechos Humanos, 1995–2004: Educación en la esfera de los Derechos Humanos –Lecciones para la vida-" [en línea], 1996. <<https://amnistia.org.mx/contenido/wp-content/uploads/2016/11/N9700805.pdf>> [29 agosto 2016].
- "Programa Mundial para la educación en derechos humanos" [en línea], 2005. <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/483/07/PDF/N0448307.pdf?OpenElement>> [29 agosto 2016].
- Cañizares Llovera, Antonio. *Instrucción pastoral. Reflexiones sobre la educación en España, hoy* [en línea], 21 de septiembre de 2007. <<http://www.architoledo.org/arzobispo/Cartas%202007/2007%20Carta%20Pastoral%20Educacion.pdf>> [29 agosto 2016].
- Carratalá, Adolfo. "La representación de la protesta contra Educación para la Ciudadanía en ABC y La Razón" [en línea]. *Ámbitos. Revista internacional de comunicación*, 2013, 23, pp. 11-20 <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=16832254002>> [29 agosto 2016].
- Conferencia Episcopal Española. *La CEE ha celebrado una jornada de estudio sobre Educación para la Ciudadanía* [en línea], 17 de noviembre de 2006. <<http://www.conferenciaepiscopal.es/la-cee-ha-celebrado-una-jornada-de-estudio-sobre-educacion-para-la-ciudadania/>> [29 agosto 2016].
- *XCIX Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal. La verdad del amor humano. Orientaciones sobre el amor conyugal, la ideología de género y la legislación familiar* [en línea], 26 de abril de 2012. <<http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos-plenaria/2843-la-verdad-del-amor-humano-orientaciones-sobre-el-amor-conyugal-la-ideologia-de-genero-y-la-legislacion-familiar.html>> [29 agosto 2016].
- Consejo de Europa. *Recomendación (2002)12 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la educación para la ciudadanía democrática* [en línea], 2002. <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2183563&SecMode=1&DocId=1380998&Usage=2>> [29 agosto 2016].
- Cortina, Adela *et al.* *Ética y ciudadanía. 4º ESO. Proyecto La Casa del Saber*. Madrid: Santillana, 2008.

- Council of Europe. *Final Declaration and Action Plan of the Second Summit of Heads of State and Government of the member States of the Council of Europe* [en línea], Estrasburgo, 1997.  
<<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168063dced>> [29 agosto 2016].
- Escandell, José J.; Ceballos, José Ángel y Páramo, Antonio. *Diecinueve manuales de educación para la ciudadanía*. Madrid: CEU, 2009
- Escuelas Católicas. *Declaración final de las asambleas de FERE-CECA y EyG* [en línea], 23 de febrero de 2007.  
<[HTTP://WWW.ESCUELASCATICAS.ES/PAGINAS/ASAMBLEA2007.ASPX](http://www.escuelascaticas.es/paginas/asamblea2007.aspx)> [29 agosto 2016].
- Federación de Religiosos de la Enseñanza-Centros Católicos (FERE - CECA). *Claves para ofrecer Educación para la Ciudadanía en un centro católico*. Madrid: Escuelas Católicas, 2007.
- FGEE. *Comercio interior del libro en España 2011*. Madrid: Federación de Gremios de Editores de España, 2012.
- Marina, José Antonio. *Educación para la Ciudadanía. ESO*. Madrid: SM, 2008.
- *Educación Ético-Cívica. 4º ESO*. Madrid: SM, 2009.
- Marina, José Antonio y Marina, Eva. *Educación para la Ciudadanía. Primaria, tercer ciclo*. Madrid: SM, 2010.
- Mateos Fernández, José Manuel; Pardos Pardos, Pedro y Vicén Antolín, Carlos. *Educación para la Ciudadanía. Primaria. Tercer Ciclo. Abre la puerta*. Madrid: Anaya, 2009.
- Méndez Pérez, Francisco Javier y Gómez Martínez, Francisco Javier. *Educación ético-cívica. 4º Secundaria. Proyecto Ánfora*. San Fernando de Haro (Madrid): Oxford Educación, 2008.
- Morán, Carmen y Aunió, J. A. “Los colegios católicos denuncian presiones para que no se dé ciudadanía”. *El País*, 24 de febrero de 2007, p. 38.
- Muñoz Ramírez, Alicia. “¿Qué ha sido de Educación para la Ciudadanía con el Partido Popular?” [en línea]. *Foro de Educación*, 2016, vol. 14, núm. 20, pp. 105-128.  
<<http://dx.doi.org/10.14516/fde.2016.014.020.007>> [ 29 agosto 2016].
- “Movilización contra Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos en España: una educación obstaculizada”. En Pando Ballesteros, María de la Paz; Muñoz Ramírez, Alicia y Garrido Rodríguez, Pedro (dirs. y eds.). *Pasado y*

*Presente de los Derechos Humanos. Mirando al Futuro*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2016, pp. 82-95.

----- "Movilización contra Educación para la Ciudadanía: desencadenantes transnacionales". En González Madrid, Damián A.; Ortiz Heras, Manuel y Pérez Garzón, Juan Sisinio (coords.). *La Historia, lost in translation?. Actas del XIII Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2017, pp. 2387-2400.

Ordóñez, Julio J. *et al. Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos*. Madrid: Laberinto, 2008.

Pellicer Iborra, Carmen y Ortega Delgado, María. *Educación para la Ciudadanía. Tercer Ciclo Primaria. Proyecto La Casa del Saber*. Madrid: Santillana, 2009.

Profesionales por la ética. *¡Ni un paso atrás! La batalla de los padres frente a Educación para la ciudadanía*. Madrid: Critería, 2009.

----- "Educación para la Ciudadanía a cara descubierta" [en línea]. *profesionalesetica.org*, marzo 2010. <[http://www.profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2010/03/EpC\\_descubierta\\_2.pdf](http://www.profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2010/03/EpC_descubierta_2.pdf)> [29 agosto 2016].

Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria. *BOE*, 293, de 8 de diciembre de 2006, pp. 43053-43102.

Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria. *BOE*, 5, de 5 de enero de 2007, pp. 677-773.

Rouco Varela, Antonio M<sup>a</sup>. "Conferencia en el Club Siglo XXI del cardenal Antonio María Rouco Varela, arzobispo de Madrid. El derecho a la educación y sus titulares ¿De nuevo en la incertidumbre histórica" [en línea]. *alfayomega.es*, 8 de febrero de 2007. <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:M BK8FQ-dxEJ:alfayomega.es/documento-27+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=es>> [29 agosto 2016].

S. a. "La Universidad Católica de Murcia acoge el II Congreso de Educación y Familia. La familia: educación integral". *Alfa y Omega*, 16 de diciembre de 2004, 429, pp. 3-6.

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). "Sentencia núm. 41/2014 de 24 de marzo" [en línea]. *BOE*, 87, de 10 de abril de 2014, pp. 66-76.

<<https://www.boe.es/boe/dias/2014/04/10/pdfs/BOE-A-2014-3884.pdf>> [29 agosto 2016].

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo. Pleno sentencia). *Sentencia estimatoria y desestimatoria de 11 de febrero de 2009, Recurso Núm.: 948/2008* [en línea], 11 de febrero de 2009. <[http://www.iustel.com/v2/diario\\_del\\_derecho/docs/Sentencia\\_TS\\_Ast\\_2.pdf](http://www.iustel.com/v2/diario_del_derecho/docs/Sentencia_TS_Ast_2.pdf)> [29 agosto 2016].

----- (Sala de lo Contencioso-administrativo. Pleno sentencia). *Sentencia estimatoria y desestimatoria de 11 de febrero de 2009, Recurso Núm.: 949/2008* [en línea], 11 de febrero de 2009. <[http://www.iustel.com/v2/diario\\_del\\_derecho/docs/Sentencia\\_TS\\_Ast\\_3.pdf](http://www.iustel.com/v2/diario_del_derecho/docs/Sentencia_TS_Ast_3.pdf)> [29 agosto 2016].

----- (Sala de lo Contencioso-administrativo. Sección Séptima). *Sentencia estimatoria de 12 de noviembre de 2012* [en línea], 12 de noviembre de 2012. <<http://www.aelpa.org/actualidad/201212/STS-sobreeduacion-para-la-ciudadania.pdf>> [29 agosto 2016].

UNESCO. *Plan Mundial de Acción para la Educación en pro de los Derechos Humanos y la Democracia* [en línea]. Montreal, marzo 1993. <<http://www.conalep.edu.mx/normateca/legislacion/Documents/Tratados%20Internacionales/0071-PLAN%20MUNDIAL%20ACCI%C3%93N%20EDUCACION.pdfA>> [29 agosto 2016].

Urcelay, Jaime: “Los falsarios de la Historia. Poner fin al Adoctrinamiento de EPC, recuperar libertad” [en línea]. *La razón histórica: revista hispanoamericana de historia de las ideas políticas y sociales*, 2011, 16 <<http://www.revistalarazonhistorica.com/16-15/>> [29 agosto 2016].



**LA SITUACIÓN DE LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS EN BRASIL  
EN EL CONTEXTO DE LOS 50 AÑOS DE LOS PACTOS  
DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU**

**THE STATUS OF HUMAN RIGHTS EDUCATION IN BRAZIL IN LIGHT  
OF THE 50 YEARS CELEBRATION OF UN'S HUMAN RIGHTS TREATIES**

Celma Tavares de Almeida e Silva  
*Universidad Federal de Pernambuco/Brasil*

**Resumen:** La educación en derechos humanos busca posibilitar un cambio de mentalidad y de postura social que fomente la construcción de una cultura de respeto de tales derechos. En Brasil, desde el periodo de redemocratización, la educación en derechos humanos (EDH) se ha consolidado en los procesos educativos y se ha integrado progresivamente en la agenda gubernamental, en especial a partir de la segunda mitad de los años noventa. Considerando este contexto, el objetivo de este artículo es discutir la situación de la EDH en Brasil en la actualidad, en que, por un lado, se celebran cincuenta años de los Pactos de la Organización de Naciones Unidas, y, por otro lado, sufrimos un grave retroceso democrático y en el respeto a los derechos humanos. En este sentido, el análisis realizado en el texto articuló la trayectoria brasileña dentro de este campo y la reflexión sobre el presente, señalando cómo el desmontaje de las políticas de educación impactará negativamente en la continuidad de las acciones de EDH.

**Palabras clave:** Educación en Derechos Humanos, Pactos Internacionales, ONU, Contexto brasileño.

**Abstract:** Human rights education aims at enabling a change of mindset and social conduct that can foster the construction of a culture of respect towards such rights. In Brazil, since the redemocratization period, Human Rights Education (HRE) was consolidated in the educational processes and has integrated itself progressively in the government's agenda, particularly from the second half of the nineties onwards. Considering this context, the objective of this paper is to discuss the status of HRE in Brazil at the present time, when, on the one hand, the United Nation's Human Rights treaties celebrate their 50th anniversary and, on the other hand, the country faces a serious setback in terms of maintaining democracy and respecting human rights. In this perspective, the analysis articulated Brazil's journey in this field and the reflection on the current period, emphasizing the dismantling of educational policies that will negatively affect the continuity of HRE's actions in the country.

**Keywords:** Human Rights, Education, International treaties, UN, Brazilian context.

## 1. Introducción

La educación en derechos humanos implica un proceso de formación del sujeto con el objetivo de construir una cultura de respeto a esos mismos derechos humanos. Es un campo de conocimiento reciente, pero que se ha ido consolidando en Latinoamérica<sup>1</sup> y en Brasil, primero en la educación no formal y después en la enseñanza formal. Además es un ámbito imprescindible en toda política educativa que se dirija a la formación ciudadana puesto que tales políticas deben garantizar no solamente el derecho humano a la educación, sino que las prácticas educacionales se desarrollen bajo los valores y principios de dichos derechos.

Por su importancia, el objetivo de este artículo quiere discutir la situación de la educación en derechos humanos (EDH) en Brasil en la actualidad donde, por un lado, se celebran los cincuenta años de los Pactos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y, por otro, la nación está sumida en un proceso de grave retroceso en términos democráticos, del respeto al estado de derecho y en la garantía de los derechos fundamentales y los derechos humanos.

A tal fin se ha analizado en este artículo el contexto en el cual la EDH se consolidó en el sistema internacional y nacional, exponiéndose la trayectoria vivida en Brasil en este campo en términos normativos-institucionales y en sus acciones concretas. Por último, se presenta una breve reflexión respecto a su momento actual.

## 2. La EDH y los Pactos

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, de la ONU, se destaca el papel de la educación en el respeto a los derechos humanos. En su preámbulo y en el artículo XXVI, respectivamente, encontramos:

La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades (...)

---

<sup>1</sup>La EDH se hizo presente en la realidad latinoamericana a partir de 1980 cuando se convirtió en un pilar fundamental de los procesos de redemocratización. En ese periodo las organizaciones no gubernamentales fueron los actores principales. En la década de los noventa hubo cambios significativos: mayor interés y protagonismo por parte del Estado; refuerzo de la formación y capacitación de los docentes en educación en derechos humanos; incorporación legal del tema al currículo de la educación formal; la realización de significativas acciones de EDH en el ámbito universitario (Magendzo, Abraham. *La educación en derechos humanos en América Latina: una mirada de fin de siglo*. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p.4).

(2) La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Posteriormente otros instrumentos de la ONU incorporaron disposiciones relativas a la EDH, por ejemplo los Pactos de Derechos Humanos de 1966.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 13, determina lo siguiente:

(1) Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

Clara está la vinculación que el documento establece entre el derecho a la educación y la educación en derechos humanos. Es decir, no trata el derecho a la educación como simple sinónimo de instrucción sino que establece ya la necesidad de que sea una educación que fortalezca el respeto por los derechos humanos y se oriente por el sentido de la dignidad.

Aquí cabe destacar, ya que estamos hablando del derecho a la educación vinculado al derecho a la EDH, que educar en derechos humanos implica efectuar su interrelación con la democracia<sup>2</sup> y el estado de derecho.

Así, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y de los Pactos de 1966 y con un énfasis más decidido desde 1993 con el Plan de Acción de Viena, la comunidad internacional considera que la EDH forma parte del derecho a la educación, poniendo de relieve su consenso en torno a la importancia de esta en la realización de los demás derechos.

---

<sup>2</sup>Democracia es un concepto dentro del cual caben diferentes definiciones. La idea de democracia que se utiliza en este trabajo es la del régimen político y de la organización social que ofrecen las mejores condiciones para el respeto de los derechos humanos y para el ejercicio de la ciudadanía.

La EDH ha ido ampliando su relevancia en foros internacionales. Con el objetivo de consolidar su práctica, la ONU estableció el Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la Esfera de los Derechos Humanos, entre 1995-2004, y elaboró el Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos, iniciado en 2004 y que actualmente está en su tercera etapa (2015-2019)<sup>3</sup>. En el sistema interamericano destacan el Protocolo de San Salvador, de 1988, y el Pacto Interamericano por la Educación en Derechos Humanos de 2010.

De manera general dichos documentos establecen que la EDH es “un conjunto de actividades de educación, capacitación y difusión de la información orientadas a crear una cultura universal de los derechos humanos”<sup>4</sup>. Además señalan los tres ejes que la componen: a) Conocimientos y técnicas; b) Valores, actitudes y comportamientos; c) Adopción de medidas.

### **3. Brasil y la situación de la EDH en los cincuenta años de los Pactos**

En estos cincuenta años de los Pactos de la ONU el conjunto de los países que los firmaron han buscado desarrollar acciones para su cumplimiento. Nos interesa en este trabajo discutir específicamente las acciones llevadas a cabo en Brasil respecto al artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc).

Brasil solo ratificó el Pidesc en 1992, veintiséis años después de su aprobación por la ONU. De este modo apenas se han cumplido dos décadas de vigencia de dicho pacto. Una adecuada comprensión de las actuaciones realizadas en relación con el artículo 13 de dicho documento pasa por analizar la trayectoria de la EDH.

Es en la última transición política vivida en Brasil, en la segunda mitad de los años ochenta, cuando este tipo de educación empezó a constituirse de forma sistemática<sup>5</sup>. En esos años destacaron algunas experiencias, cursos y seminarios desarrollados en varios estados brasileños e igualmente el trabajo realizado por organizaciones no gubernamentales y órganos de gobierno, entre otros<sup>6</sup>. En los años

---

<sup>3</sup>Dicha etapa tiene como objetivo el refuerzo de la aplicación de las dos primeras etapas y la promoción de la formación en derechos humanos para los profesionales de los medios de comunicación y periodistas

<sup>4</sup> ONU. *Plan de Acción* para la primera etapa del Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos. Elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Unesco el 2006, p.1.

<sup>5</sup> Silva, Aida; Tavares, Celma. “El papel de la educación en derechos humanos en la formación de la ciudadanía activa”. *Revista Interamericana de Educación para la Democracia*, 2010, v. 3, n. 1, p. 95-107.

<sup>6</sup> Candau, Vera. “Educação em Direitos Humanos no Brasil: realidade e perspectivas”. In: \_\_\_\_\_; Sacavino, Suzana (Org.). *Educar em direitos humanos: construir democracia*. Petrópolis, RJ: Vozes,

noventa la EDH se consolidó en los procesos educativos y se integró progresivamente en la agenda gubernamental.

Este camino se puede agrupar en cuatro etapas integradas: a) la fase del “activismo político” durante la dictadura militar; b) la fase de “exploración pedagógica”, en la década de los ochenta, que buscaba trazar cómo educar en derechos humanos; c) la fase de “expansión de la EDH”, en la década de los noventa, momento en el que se crean estructuras gubernamentales en las tres esferas y se elaboran documentos significativos; d) la fase de “profesionalización y valoración de la EDH”, con la llegada del nuevo siglo, a través de la organización de cursos e investigaciones en el área y la vigencia de documentos específicos<sup>7</sup>.

A pesar de ser un campo reciente en el contexto brasileño, la EDH presenta un cuadro normativo-institucional importante, como la Constitución Federal de 1988, la Ley de Directrices y Bases de la Educación Nacional de 1996, el Programa Nacional de Derechos Humanos, de 1996, 2002 y 2009. Estos documentos orientan las políticas públicas, con sus principios y directrices respecto a la formación ciudadana. Además cuenta con una oficina para el desarrollo de las acciones de EDH en el Ministerio de Educación y en el Ministerio de Derechos Humanos.

De esta forma, se han dado pasos importantes en el desarrollo de la EDH, entre los que destacan la elaboración de instrumentos normativos y la implementación de un conjunto de acciones. Apoyando este análisis, un estudio del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) señaló avances en Brasil durante el periodo 2000-2010 en comparación con los demás países latinoamericanos<sup>8</sup>.

Respecto a los documentos específicos, sobresale el Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos (PNEDH), elaborado por el Comité Nacional de Educación en Derechos Humanos<sup>9</sup>, cuya primera versión data de 2003. Este Plan se debatió en todo Brasil con el objetivo de mejorar su contenido, divulgándose en el año 2006 su versión final.

De acuerdo con el PNEDH la educación en derechos humanos es entendida como

---

2000, p. 72-99.

<sup>7</sup> Silva, Aida. “Direitos humanos na docência universitária”. In: Pimenta, Selma Garrido; Almeida, Maria Isabel (Org.). *Pedagogia universitária: caminhos para a formação de professores*. São Paulo: Cortez, 2011, p.108 a 115.

<sup>8</sup> Rodino, Ana María. *Progresos de la educación en derechos humanos en América Latina: balance de dos décadas (1990-2010)*. En: IIDH. Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos: la educación en derechos humanos, 28., 2010, San José. San José, Costa Rica: IIDH, 2010.

<sup>9</sup> El Comité Nacional de Educación en Derechos Humanos se creó en 2003. Está compuesto por especialistas y forma parte de la estructura del Ministerio de Derechos Humanos.

un proceso sistemático y multidimensional que orienta la formación del sujeto de derechos, articulando las siguientes dimensiones: a) aprehensión de conocimientos históricamente construidos sobre derechos humanos y su relación con los contextos internacional, nacional y local; b) afirmación de valores, actitudes y prácticas sociales que expresen la cultura de los derechos humanos en todos los espacios de la sociedad; c) formación de una conciencia ciudadana capaz de hacerse presente en los ámbitos cognitivo, social, ético y político; d) desarrollo de procesos metodológicos participativos y de construcción colectiva, utilizando un lenguaje y materiales didácticos contextualizados; e) fortalecimiento de prácticas individuales y sociales que generen acciones e instrumentos a favor de la promoción, la protección y la defensa de los derechos humanos, así como de la reparación de las violaciones de los mismos<sup>10</sup>.

El Plan Nacional se estructura en cinco ejes: educación básica; educación superior; educación no formal; educación de profesionales del sistema de justicia y seguridad; educación y medios de comunicación.

El elemento más reciente en este cuadro normativo-institucional es la homologación, en el año 2012, de las Directrices Nacionales para la Educación en Derechos Humanos (DNEDH) por parte del Consejo Nacional de Educación, órgano dependiente del Ministerio de Educación, en forma de Parecer y de Resolución. Entre otros aspectos, el documento, de carácter vinculante, establece que la EDH es uno de los “ejes fundamentales del derecho a la educación” y señala el papel y responsabilidad de los sistemas de enseñanza en la materialización de su contenido<sup>11</sup>.

Asimismo, según el Ministerio de Derechos Humanos, se realizaron importantes iniciativas a partir del 2003, entre las cuales destacaron: a) realización de proyectos de formación con la Unesco y la Organización de los Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI); b) apoyo a la institución de un Comité Estatal de Educación en Derechos Humanos en cada provincia; c) apoyo a la formación en EDH de profesores de la educación básica; d) articulación con universidades, consejos de educación y otras entidades educacionales para la inserción de la temática de los derechos humanos en los currículos; e) apoyo a la formación en el ámbito de la educación no-formal, de líderes comunitarios y de organizaciones de defensa de los derechos humanos; f) apoyo a la formación de profesionales del campo jurídico y de la

---

<sup>10</sup> Brasil. Ministério da Educação. *Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos*. Brasília: MEC/SEDH, 2008, p. 25.

<sup>11</sup> Brasil. Ministério da Educação. *Parecer CNE/CP n.º 8/2012*. Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. Brasília: MEC/CNE, 2012.

seguridad pública; g) entrega anual del Premio de Derechos Humanos y bienal del Premio Nacional de Educación en Derechos Humanos; h) realización de eventos de difusión de derechos humanos; i) apoyo a la publicación de libros, revistas y vídeos sobre EDH; entre otras<sup>12</sup>.

A partir del PNEDH se han venido realizando también un conjunto de acciones en el ámbito específico de la educación básica. A fin de lograr la inclusión de la EDH en la red pública de enseñanza el Ministerio de Educación, en 2010, fomentó la elaboración de Planes de Acción en EDH por parte de los estados. En líneas generales, los Planes de los estados presentaron como objetivo el desarrollo de una educación basada en la formación humana y en una cultura de derechos humanos. Dirigida a un público de docentes, gestores, estudiantes y comunidad, han sido tres los ejes de los planes: la formación, el currículo, y los materiales didácticos y pedagógicos.

A pesar de la importancia de esta iniciativa del Ministerio de Educación en la época, no se llevó a cabo un seguimiento del trabajo en torno a qué estados lograron realizar estos planes. Además es necesario señalar que la actuación de las Secretarías de Educación en los diferentes estados respecto a la EDH varía de acuerdo al grado de institucionalización real en sus estructuras formales y también según su disponibilidad para transformar las estrategias en políticas públicas educacionales concretas. En este sentido, una investigación sobre la situación de la EDH en los estados de Brasil, a partir de la elaboración de dichos Planes, reveló que el trabajo, si bien está en desarrollo, aún se encuentra en su fase inicial y no se está dirigiendo a todo el sistema de enseñanza<sup>13</sup>. Estas son cuestiones igualmente identificadas en otros estudios que indicaron que la mayor parte de las actividades de EDH en el país aún se centra solamente en la transmisión de conocimientos sobre derechos humanos<sup>14</sup> y que muchas de las experiencias de EDH se presentan de forma puntual y muchas veces dispersa<sup>15</sup>.

A este cuadro se suman otras cuestiones. Así, por ejemplo, el hecho de que el desarrollo de planes y programas del gobierno federal dependan, en parte, de la adhesión de los estados y ciudades. En esta perspectiva, algunos responden

---

<sup>12</sup> Brasil. Secretaria de Direitos Humanos. *Ações da Secretaria de Direitos Humanos na área da educação em direitos humanos*. SDH, Brasília: 2016, manuscrito.

<sup>13</sup> Silva, Aida; Tavares, Celma. "Educação em direitos humanos no Brasil: contexto, processo de desenvolvimento, conquistas e limites". *Educação* (Porto Alegre, impresso), 2013, v. 36, n. 1, p. 50-58.

<sup>14</sup> Candau, Vera. "Educação em direitos humanos: questões pedagógicas". In: Bittar, Eduardo (Org.). *Educação e metodologia para os direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 285-298.

<sup>15</sup> Schilling, Flávia. "O direito à educação: um longo caminho". In: Bittar, Eduardo (coord.) *Educação e Metodologia para os direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 273-284.

satisfactoriamente, otros no. Entre los estados que han logrado desarrollar acciones de EDH de forma continua dentro de la red pública de enseñanza destaca la experiencia de Pernambuco, en el noreste de Brasil<sup>16</sup>.

Igualmente, aunque las articulaciones institucionales entre el Ministerio de Derechos Humanos y el Ministerio de Educación se hayan estrechado, el trabajo conjunto todavía no ha conseguido promover la inserción de la EDH en los procesos de formación inicial de los profesores (en las facultades de educación) ni tampoco en las demás licenciaturas, tal y como estaba previsto. Por consiguiente, a pesar del esfuerzo que se viene realizando en el campo de la formación continua, esta todavía no abarca un universo significativo de los docentes, dependiendo sus mejoras de los sistemas educacionales de las provincias y de los municipios.

Otro aspecto preocupante es la escasez de libros y otros materiales didácticos relativos a la EDH y que apoyen a los profesores en su labor educativa tanto en la enseñanza básica como en la superior. Un buen número de ellos no sabe con claridad cómo articular los contenidos de las asignaturas con el contenido específico de los derechos humanos. Asimismo el desarrollo de investigaciones y la existencia de posgrados en este campo son todavía tímidos, quedando lejos de realizarse en la mayor parte del país.

Por último, una cuestión de orden general, obstáculo a la realización de acciones en este campo, concierne al bajo presupuesto del Ministerio de Derechos Humanos y a los gastos efectivamente realizados. Es decir, por un lado el presupuesto para la realización de todos los programas y acciones es exiguo. Por otro lado, existe una diferencia entre el presupuesto aprobado, el presupuesto liberado y la cantidad que efectivamente es utilizada.

#### **4. El cambio de dirección**

Este era el cuadro a principios del 2016 que, lejos de ser el ideal, sí presentaba un potencial de mejora. Sin embargo, después del golpe a la democracia<sup>17</sup>, un golpe

---

<sup>16</sup> Véase: Tavares, Celma. *Educação em direitos humanos no ensino formal em Pernambuco: uma análise da política educacional em Pernambuco: relatório de pesquisa 2012-2013*. Recife, Facepe-UFPE, 2013. Tavares, Celma. *Educação em direitos humanos no ensino formal em Pernambuco: uma análise da política educacional em Pernambuco: relatório de pesquisa 2013-2014*. Recife, Facepe-UFPE, 2014. Tavares, Celma. *Educação em direitos humanos no ensino formal em Pernambuco: uma análise da prática pedagógica: relatório de pesquisa 2014-2015*. Recife, Facepe-UFPE, 2015. Tavares, Celma. *Educação em direitos humanos no ensino formal em Pernambuco: uma análise da prática pedagógica: relatório de pesquisa 2015-2016*. Recife, UFPE, 2016.

<sup>17</sup> Se ha quitado del poder a una presidenta democráticamente electa sin delito de responsabilidad, según

parlamentario, fomentado por sectores políticos con el apoyo del empresariado, de los medios y del sistema judicial, la situación ha cambiado rápidamente, viéndose perjudicada gravemente la educación, la EDH y los derechos humanos en general<sup>18</sup>.

El mencionado contexto positivo fue fulminado en mayo del 2016 mediante la Medida Provisional<sup>19</sup> 726/2016, eliminando ministerios tan importantes para los derechos humanos como el Ministerio de Políticas para las Mujeres, el Ministerio de la Igualdad Racial y el Ministerio de los Derechos Humanos. Sus estructuras han pasado a formar parte del Ministerio de Justicia y Ciudadanía de modo que, aparte de su autonomía, perdieron el presupuesto asignado<sup>20</sup>.

El pasado diciembre se aprobó en el Congreso una enmienda constitucional cuya finalidad es la congelación del gasto gubernamental durante veinte años. El gasto en áreas básicas como la salud y la educación mermará notablemente, descendiendo los recursos públicos y las inversiones en estas áreas.

Multitud de diferentes ejemplos podrían ilustrar el grave retroceso que está empezando a vivir el campo de los derechos humanos en Brasil. Sirva como muestra el reciente informe divulgado por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de los Diputados como alternativa al que el Gobierno Federal envió al Examen Periódico

el parecer de la mayoría de los principales juristas de Brasil. Este es el condicionante por el cual la Constitución permite el cese de funciones del jefe del ejecutivo. Véase: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/10/images-1.pdf>> [15 de enero 2017].

<[http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/10/Parecer Andre Ramos Tavares.pdf](http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/10/Parecer_Andre_Ramos_Tavares.pdf)> [15 de enero 2017].

<[http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/10/Parecer Bandeira-Comparato.pdf](http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/10/Parecer_Bandeira-Comparato.pdf)> [15 de enero 2017].

<[http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/10/Parecer Impeachment Bercovici.pdf](http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/10/Parecer_Impeachment_Bercovici.pdf)> [15 de enero 2017].

<sup>18</sup> Entre los acuerdos realizados para concretar el golpe el más importante se estableció en el campo económico. Este prevé las privatizaciones de lo que queda de los bienes públicos, la extinción de muchos derechos de los trabajadores, la institución de contratos laborales precarios, la ampliación de la jornada laboral, el aumento de la edad mínima para jubilarse, etc. Para impedir las protestas, se está criminalizando el movimiento estudiantil y los movimientos sociales, ha crecido la violencia policial y las penas de prisión para las personas implicadas en las protestas. Además el ejército ya ha infiltrado a espías en tales movimientos.

<sup>19</sup> Es un instrumento que puede ser usado por el jefe del ejecutivo en casos de relevancia y urgencia. A partir de su firma por el presidente, la medida provisional tiene fuerza de ley durante sesenta días, mientras el Congreso analiza la propuesta para decidir si debe permanecer vigente. En el caso de que se decidiera que no, la medida puede prorrogarse durante otros sesenta días para ser analizada nuevamente.

<sup>20</sup> En enero del 2017, por presión de los parlamentarios que representan la industria armamentística, se cambió la estructura del Ministerio de Justicia y Ciudadanía para incluir la seguridad pública. Así, por medio de la Medida Provisional 768/2017, se creó el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública. Y para tratar de los temas de ciudadanía se creó el Ministerio de Derechos Humanos, que pasó a incluir una secretaria de ciudadanía, y también la secretaria de políticas para las mujeres y la secretaria de igualdad racial. Es necesario esperar al presupuesto que tendrá y las acciones que logrará promover.

Universal de la ONU sobre la situación social y de los derechos en Brasil. En el informe alternativo se detallaron todos los retrocesos provocados por el golpe y las recomendaciones de Naciones Unidas que no se están cumpliendo<sup>21</sup>.

Si nos centramos en el objetivo de este trabajo, la educación, se observa que el Ministerio de Educación ha anunciado un recorte del 45% en el presupuesto destinado a las universidades públicas, además de solicitar la reducción de las plazas existentes; la concesión de becas para los estudiantes del programa Ciencia sin Fronteras ha desaparecido junto con la reducción de un 20% en las becas de iniciación científica; por citar un último ejemplo, en un país con trece millones de analfabetos se ha suspendido el Programa Brasil Alfabetizado.

Además está en tramitación en el Congreso el proyecto de ley Escuela sin partido<sup>22</sup>. Dicho proyecto busca modificar la LDB con el fin de prohibir a los docentes las discusiones sociopolíticas en clase, censurándose en la práctica el debate en torno a las ideas de autores como Paulo Freire o Karl Marx. Hay igualmente proyectos de ley en tramitación en las diputaciones de varias provincias y de varias ciudades en este mismo sentido<sup>23</sup>. En la provincia de Alagoas, dicho proyecto se aprobó en el pasado mes de abril, convirtiéndose en ley<sup>24</sup>.

Un claro ejemplo de la gravedad de esta situación es que en el mes de julio del 2016 una profesora de sociología de bachillerato en una escuela de Curitiba fue apartada de sus funciones durante una semana porque sus alumnos hicieron un trabajo sobre Karl Marx. En sus redacciones los alumnos y las alumnas reflexionaron sobre la explotación de los trabajadores y sobre conceptos como plusvalía<sup>25</sup>. La docente fue acusada de adoctrinamiento marxista. Cabe señalar que este es un contenido de la asignatura de sociología, que además de Marx, estudia las ideas de otros autores como Émile Durkheim y Max Weber.

---

<sup>21</sup> Véase: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/documentos/relatorios-de-atividades/contribuicoes-da-comissao-de-direitos-humanos-e-minorias-e-da-frente-parlamentar-em-defesa-dos-direitos-humanos-da-camara-dos-deputados-ao-mecanismo-de-revisao-periodica-universal-do-conselho-de-direitos-humanos-da-organizacao-das-nacoes-unidas>> [26 de enero 2017].

<sup>22</sup> Cámara de los Diputados PL 867/2015 - Izalci (PSDB/DF); PL 7180/2014 – Erivelton Santana (PSC/BA); PL 1411/2015 - Rogério Marinho (PSDB/RN).

<sup>23</sup> Distrito Federal - PL 53/2015 e PL nº 1/2015 ; São Paulo - PL 1301/2015 e PL 960/2014 ; Rio de Janeiro - PL 823/2015 ; Goiás - PL 2861/14 ; Rio Grande do Sul – PL 190/2015.

<sup>24</sup> Véase: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/2016/04/26/deputados-de-al-aprovam-lei-que-pune-professor-que-opinar-em-sala-de-aula.htm>> [15 de enero 2017].

<sup>25</sup> Véase: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/19/politica/1468885504\\_449859.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/19/politica/1468885504_449859.html)> [20 de enero 2017].

De esta forma y con la excusa de una supuesta educación neutral se pretende prohibir el pluralismo de ideas y concepciones, principio asegurado en el artículo 206 de la Constitución Federal, relativo a la educación, y en el artículo tercero de la LDB, texto legal referente de la educación en Brasil. Así, además de inconstitucional y de incumplir diversos tratados de derechos humanos ratificados por Brasil, dicho proyecto busca censurar el ejercicio de la docencia y prohibir la libertad de cátedra, negar los saberes a los estudiantes, inhibir el desarrollo del conocimiento científico, restringir la formación ciudadana y el pensamiento crítico e impedir la gestión democrática de la escuela.

Frente tal retroceso, las organizaciones de la sociedad civil, incluidas las del área de educación, crearon el movimiento Escuela sin mordaza<sup>26</sup>, que intenta enfrentarse al movimiento Escuela sin partido, denunciando su inconstitucionalidad y promoviendo actividades para lograr el apoyo social.

En este contexto de vulneración al derecho a la educación, con repercusiones negativas en la esfera de la EDH, el Ministerio de Educación logró la aprobación de la reforma de las enseñanzas medias por la Cámara de Diputados del Congreso Nacional en diciembre del 2016. De ahí el proyecto fue aprobado en el Senado Federal en febrero del 2017. El proceso, a pesar de su importancia e impacto, ocurrió de una forma rápida y unilateral<sup>27</sup>, sin debate con los actores implicados, esto es, sin la participación de los docentes y profesionales de la educación, los estudiantes y sus familias, las organizaciones del área y la sociedad civil<sup>28</sup>. Las manifestaciones en contra de la medida por las organizaciones de educación se hicieron presentes, pero obtuvieron éxitos concretos<sup>29</sup>.

Según la propuesta del Ministerio de Educación enviada al Congreso (MP 746/16), solo las asignaturas de portugués, matemáticas e inglés son obligatorias para los tres

---

<sup>26</sup>Divulgado en agosto, el movimiento escuela sin mordaza está formado por entidades representativas de educadores, estudiantes, profesionales de la enseñanza superior, cultura, investigación, comunicación, derecho, y movimientos sociales.

<sup>27</sup>El Ministerio de Educación puso en marcha la reforma por medio de medida provisional en septiembre de 2016. Es importante señalar que desde 2013 había un proyecto de ley (PL 6480/2013) sobre el mismo tema en trámites en el Congreso.

<sup>28</sup>También empieza a discutirse la privatización de las escuelas públicas. A mediados de septiembre el banco Itaú organizó el seminario Caminos de la Educación, reuniendo a gestores y empresarios de todo país para debatir los planes de privatización.

<sup>29</sup>Entre octubre y diciembre de 2016, en varios estados brasileños, hubo protestas en las calles por parte de diversos sectores profesionales en contra de la reforma de la enseñanza media y del congelamiento de los gastos públicos durante veinte años. En gran parte de las universidades públicas los docentes y técnicos fueron a la huelga en esos mismos días, mientras los estudiantes ocuparon universidades y escuelas.

años de bachillerato<sup>30</sup>. Los cursos se dividirán entre un año y medio de enseñanzas comunes en las escuelas y otro año y medio de un currículo flexible, según la terminología empleada, donde supuestamente el estudiante elegirá una de estas cinco áreas: lenguas, matemáticas, ciencias de la naturaleza, ciencias humanas o formación técnica y profesional. La escuela estará obligada a ofertar dos de las cinco áreas citadas<sup>31</sup>. El contenido específico de este currículo flexible se determinará a través de la Base Nacional Común Curricular (BNCC), aún en elaboración.

Además, la medida determinaba que artes y educación física dejan de ser obligatorias y de existir como asignaturas. En el caso de la última, pasa a ser asignatura de la educación infantil y de la enseñanza fundamental. El texto tampoco menciona las asignaturas de filosofía y sociología, divulgándose en un primer momento su extinción. Estas áreas del conocimiento podrían ubicarse dentro de lo que la medida llama “contexto histórico, económico, social, ambiental y cultural”, que puede o no estar en la parte diversificada del nuevo currículo, de acuerdo con lo que definan los sistemas de enseñanza de cada estado. En la práctica, debido a su carácter optativo, su continuidad no está asegurada, incidiendo ello en la implementación de la Escuela sin partido.

En Brasil hay ocho millones de estudiantes de bachiller. De ellos, dos millones estudian en el turno de noche. A pesar de ello la medida legislativa no hace alusión alguna a dicho turno al mismo tiempo que propone la ampliación de la carga horaria para el formato de escuela de tiempo integral, pasando de las actuales 800 horas a 1.200 horas.

El sentido pedagógico no es otro que dar lugar a una formación utilitaria, una enseñanza más técnica, que beneficie el mercado, en detrimento de una educación plena del ser humano. Asimismo, diversos problemas son silenciados. Por ejemplo, la medida no explica cómo se financiará la reforma educativa. Hecho en ningún caso menor más cuando los estados carecen de fondos completamente<sup>32</sup>. De este modo en el caso de que el estado no pueda implementar las infraestructuras necesarias en dicha reforma en todas las escuelas, las desigualdades entre los alumnos se multiplicarán.

---

<sup>30</sup> Aquí es importante subrayar el objetivo del gobierno: dar la espalda a Latinoamérica al elegir inglés como único idioma extranjero obligatorio.

<sup>31</sup> Lo que ya representa un problema pues al no obligar la escuela a ofrecer las cinco áreas de la parte diversificada, el estudiante tendrá sus opciones de elección limitadas. Si la escuela ofrece lenguajes y ciencias de la naturaleza, pero el estudiante quiere matemáticas o ciencias humanas, tendrá que buscar en otra escuela que puede estar lejos de su vivienda, o tendrá que estudiar lo que no desea.

<sup>32</sup> Véase: <<http://www.pe.gov.br/blog/2016/09/20/carta-dos-governadores-do-nordeste-norte-e-centro-oeste-do-brasil/>> [20 de enero 2017].

Otro punto importante es que el documento, al citar las experiencias de otros países como Corea, Canadá y Finlandia, marcos según expone para la reforma del bachillerato, olvida que en esos países los profesores son reconocidos tanto en su formación como en su sueldo. En Brasil la valoración de los docentes es tan escasa que el gobierno propone en el documento que las redes de enseñanza puedan contratar “profesionales de notorio saber”, es decir, sin la exigencia de una formación específica.

El Congreso Nacional aprobó la propuesta del Ministerio de Educación casi en su integridad. Solo un cambio se introdujo respecto a la versión original: se ha mantenido la obligatoriedad de los contenidos de educación física, arte, sociología y filosofía en todos los años de bachiller. Sin embargo, el texto aprobado no hace mención al término asignatura sino a “estudios y prácticas” que deben formar parte de la BNCC. Esto no garantiza que dichos componentes curriculares se mantengan en el formato de asignaturas y, consecuentemente, el estudio de la integridad de sus contenidos no está asegurado.

Ante este panorama, cabe recordar las palabras de uno de los principales intelectuales brasileños en el área de la educación, Darcy Ribeiro, cuando afirmó que “la crisis de la educación en Brasil no es una crisis, sino un proyecto de la élite para el país”,<sup>33</sup>.

## 5. Consideraciones finales

En este actual contexto, por tanto, observamos como el cumplimiento del Pidesc en lo que se refiere a su artículo 13 se está vulnerando. Además, graves amenazas se ciernen sobre la continuidad del desarrollo EDH en Brasil.

Formando parte del derecho a la educación, la EDH necesita de un ambiente democrático y de respeto a los derechos humanos, además de políticas educacionales que primen la formación integral del ser humano y articulen valores fundamentales como la dignidad humana, la igualdad de derechos, la valoración de las diversidades, o la laicidad del estado, etc. Nada más distante del presente brasileño.

Así, comprendiendo que la EDH tiene como propósito una formación ética, crítica y política, los cambios negativos en el campo de la educación realizados en los últimos

---

<sup>33</sup>Esta frase fue pronunciada en 1977 durante un congreso de la Sociedad Brasileña para el Progreso de la Ciencia.

meses ponen en jaque las acciones y toda la estructura normativo-institucional de la EDH en Brasil.

### Referencias Bibliográficas:

Brasil. Ministério da Educação. *Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos*. Brasília: MEC/SEDH, 2008.

----- *Parecer CNE/CP n.º 8/2012*. Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. Brasília: MEC/CNE, 2012.

----- Secretaria de Direitos Humanos. *Ações da Secretaria de Direitos Humanos na área da educação em direitos humanos*. SDH, Brasília: 2016, manuscrito.

Candau, Vera. “Educação em Direitos Humanos no Brasil: realidade e perspectivas”. In: -----; Sacavino, Suzana (Org.) *Educar em direitos humanos: construir democracia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000. p. 72-99.

----- “Educação em direitos humanos: questões pedagógicas”. In: Bittar, Eduardo (Org.). *Educação e metodologia para os direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 285-298.

Magendzo, Abraham. *La educación en derechos humanos en América Latina: una mirada de fin de siglo*. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

Onu. *Plan de Acción para la primera etapa del Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos*. Elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Unesco el 2006.

Rodino, Ana María. “Progresos de la educación en derechos humanos en América Latina: balance de dos décadas (1990-2010)”. En: *IIDH. Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos: la educación en derechos humanos*, 28., 2010, San José. San José, Costa Rica: IIDH, 2010.

Schilling, Flávia. “O direito à educação: um longo caminho”. In: Bittar, Eduardo (coord.) *Educação e Metodologia para os direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 273-284.

Silva, Aida. “Direitos humanos na docência universitária”. In: Pimenta, Selma Garrido; Almeida, Maria Isabel (Org.). *Pedagogia universitária: caminhos para a formação de professores*. São Paulo: Cortez, 2011, p. 103-127.

Silva, Aida; Tavares, Celma. “El papel de la educación en derechos humanos en la formación de la ciudadanía activa”. *Revista Interamericana de Educación para la Democracia*, 2010, v. 3, n. 1, p. 95-107.

----- “Educação em direitos humanos no Brasil: contexto, processo de desenvolvimento, conquistas e limites”. *Educação* (Porto Alegre, impresso), 2013, v. 36, n. 1, p. 50-58.

Tavares, Celma. *Educação em direitos humanos no ensino formal em Pernambuco: uma análise da política educacional em Pernambuco: relatório de pesquisa 2012-2013*. Recife, Facepe-UFPE, 2013.

----- *Educação em direitos humanos no ensino formal em Pernambuco: uma análise da política educacional em Pernambuco: relatório de pesquisa 2013-2014*. Recife, Facepe-UFPE, 2014.

----- *Educação em direitos humanos no ensino formal em Pernambuco: uma análise da prática pedagógica: relatório de pesquisa 2014-2015*. Recife, Facepe-UFPE, 2015.

----- *Educação em direitos humanos no ensino formal em Pernambuco: uma análise da prática pedagógica: relatório de pesquisa 2015-2016*. Recife, UFPE, 2016.



# **BODAS DE ORO DE LOS PACTOS PIDESC Y PIDCP Y LA IMAGEN CRÍTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LA EDUCACIÓN EN BRASIL A TRAVÉS DEL HUMOR**

## **GOLD WEDDING OF THE PIDESC AND ICCPR COVENANTS AND THE CRITICAL IMAGE OF HUMAN RIGHTS AND EDUCATION IN BRAZIL THROUGH HUMOR**

Racquel Valério Martins  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** En este 50º aniversario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (bodas de oro) y considerando la breve historia de la Educación brasileña, en la que han tenido lugar muchos avances, nuestra intención con este artículo es comentar y en la medida de lo posible, festejar los logros, analizando la evolución en las dos situaciones mencionadas y en la búsqueda de establecer una relación entre los debates actuales sobre Derechos Humanos con la imagen de los acontecimientos pasados a través del humor, especialmente en el Derecho Humano a la Educación.

**Palabras clave:** Pactos Internacionales, Educación, Imagen, Humor.

**Abstract:** In this 50th anniversary of the International Covenants on Human Rights (Golden Wedding) and considering the brief history of Brazilian Education, where many advances have taken place, our intention with this article is to comment and, as far as possible, To celebrate the achievements, analyzing the evolution in the two mentioned situations and the search to establish a relation between the current debates on Human Rights with the image of the past events through the humor, especially in the Human Right to the Education.

**Keywords:** International Covenants, Education, Image, Humor.

### **1. ¿Qué conmemorar tras 50 años de los Pactos Internacionales?**

Los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU, cuyo 50º aniversario celebramos en este 2016, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>1</sup> junto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, componen la Carta Internacional de los Derechos Humanos, que establecen los Derechos civiles y políticos, así como los culturales, económicos y sociales que todo ser humano tiene al nacer. Derechos cuya relevancia tiene tanta vigencia hoy como antes, cuando se elaboraron los referidos Pactos, hace precisamente 50 años.

---

<sup>1</sup> Acceso a las versiones en portugués a través de los siguientes enlaces: United Nations Human Rights Treaties. *Pacto internacional sobre os direitos civis e politicos*. [en línea]. <<http://unhrt.pdhj.tl/por/pacto-internacional-sobre-os-direitos-civis-e-politicos/>> [30 de agosto de 2016].

United Nations Human Rights Treaties. *Pacto internacional sobre os direitos economicos, sociais e culturais*. [en línea]. <<http://unhrt.pdhj.tl/por/pacto-internacional-sobre-os-direitos-economicos-sociais-e-culturais-pidesc/>> [30 de agosto de 2016].

Sin duda, siguen presentes, en el caso de Brasil, muchos de los problemas abordados aún en aquel 16 de diciembre de 1966. Sin embargo, consideraremos aquí solo aquellos artículos que, entendemos, tratan acerca del Derecho a la Educación.

En la parte II, artículo 5º, ítem 2, del PIDESC tenemos:

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, con el pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

La propia Constitución Federal de Brasil prevé que nadie debe ser afectado en sus derechos fundamentales y, en la práctica, aún en los días de hoy, en detrimento del prejuicio sufrido tiempo atrás en relación al derecho humano y fundamental de la educación.

El artículo 6º, ítem 1, y el artículo 7º, ítems a i y a ii de la parte III, del PIDESC, tratan sobre el derecho al trabajo (expuestos abajo), así como la consideración anterior, no se cumplen en la práctica, siendo importante resaltar que el no cumplimiento de un derecho como la educación, tiene reflejos muy negativos, pues la carencia e insuficiencia de este afecta y desvirtúa los demás derechos. La Educación es un instrumento básico para combatir las desigualdades sociales y, por tanto, la tarea más importante de las naciones.

#### Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación tecno profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

#### Artículo 7

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

Otro gran problema también existente en Brasil es el trabajo infantil, una crueldad que asola a las familias brasileñas.

Reza el artículo 10, ítem 3, de la parte III del PIDESC:

Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Estando incluso expresa también, en el artículo 8º, párrafos 1 y 2, del PIDCP, como se puede ver abajo *in verbis*, la prohibición del trabajo esclavo.

Por lo que respecta al tema del trabajo infantil, al que nos referimos anteriormente, fue difundido en las redes sociales en este año de 2016, la comprobación de tal práctica por empresas fabricantes de chocolates. Un producto que es una golosina de la preferencia de todos, sobre todo de los niños, y que tiene “dentro” de su materia-prima el “sudor y la sangre” de aquellos más vulnerables que están siendo explotados sin pena ni piedad.

Artículo 8º

1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos, estarán prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie estará sometido a servidumbre.

Ya mencionamos anteriormente el derecho a la Educación, siendo aquellos artículos a los que nos hemos referido los que trataban indirectamente este tema, estando el mismo apenas sometido por ser un derecho fundamental. El Artículo 13º, del PIDESC, en sus cuatro ítems, pormenoriza tal derecho y nos invita a reflexionar sobre la valorización dada a la Educación en el ordenamiento jurídico brasileño.

### Artículo 13

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
- e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

## **2. Educación: Un Derecho Humano fundamental de orden social que comprende a todos.**

Apenas por curiosidad, comentamos que fue al final del siglo XVIII, en Francia, con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que muchos avances se produjeron en el mundo bajo la influencia de su texto, que inauguraba una doctrina preocupada con el tema “derechos humanos”. Estamos de acuerdo con la autora Mônica Herman Caggiano, cuando esta afirma que, desde la edición de la referida Declaración, abunda la idea de la impositiva necesidad de asegurar el acceso a la Educación (2009). Más allá de la Declaración Universal, la también francesa, declaración jacobina de 1793, evidencia la relevancia de la Educación, identificándola como una necesidad para todos. Aquí resaltamos que el término “todos”, que nos parece, en principio inclusivo, genera dudas sin embargo sobre quién estaría incluido en el.

El siglo XIX está marcado por el Liberalismo, en el que el derecho a la educación es tenido como punto de apoyo, en el cual hubo una gran influencia francesa y un centralismo administrativo. Durante este período se consolida el liberalismo europeo; mientras, Brasil no consigue adaptarse, y eso provoca la conversión de aquel en un proyecto burgués de minorías. Es la época de la educación para la ciudadanía, donde la educación elemental en Brasil se proclama como universal, obligatoria y gratuita, pero cuya materialización no se llevó a cabo. La época en la que se incluye en el texto constitucional el “Tratado completo de educación de la mocedad brasileña” (1823) – reflejo del texto de Condorcet (un autor vinculado a la historia de la instrucción pública y a la formación del ciudadano republicano), respondiendo a la pauta francesa de tres niveles de enseñanza: primaria, secundaria y terciaria. Es entonces cuando los liberales brasileños apuestan por la idea de un ciudadano ligado al derecho básico de la educación.

Todo lo expuesto, en nuestra opinión, evidencia aún más el retraso secular brasileño relativo al derecho de la educación, pues este sólo fue incluido en el texto constitucional brasileño, bajo el prisma de derecho social en la Constitución de 1988, o sea: la aplicabilidad de lo que es defendido en las declaraciones citadas sólo llega al ordenamiento jurídico de Brasil por lo menos 200 años después y de la misma manera, la idea del sistema nacional de educación no fue una cuestión resuelta en Brasil en el siglo XIX ni en los primeros años del siglo XX. Un déficit acumulado hasta hoy.

Aunque, en Brasil, el derecho a la educación haya sido acogido desde la constitución imperial de 1824, cuando se preconiza "la gratuidad de la enseñanza primaria a todos los ciudadanos" (art. 179, inciso 32) y la instalación de "colegios y universidades, donde serán enseñados los elementos de las ciencias, bellas-artes y artes" (art. 179, inciso 33). Y, posteriormente, la Constitución republicana, de 1891, cuidando el tema educación en el capítulo dedicado a la declaración de los derechos, preconiza en su art. 72, § 6º: "la laicidad de la enseñanza impartida en los establecimientos públicos". Y el estreno, en el ordenamiento brasileño, de los derechos sociales y económicos, se dio con el documento constitucional de 1934, que dedica a la educación un capítulo extra y lo destaca como derecho en los términos de su art. 149. Tratamiento que es ampliado con el texto de la Constitución de 1937, con la consideración de la necesidad de tutela de la infancia y de la juventud, donde se dedican al tema los artículos 129, 130 y 131, instalando "el carácter obligatorio de la enseñanza primaria y fortaleciendo la garantía de la gratuidad". Sin embargo, tal extensión nunca fue efectuada debido a su suspensión, en conformidad con la regla permisiva contenida en su art. 171, que contribuyó a la instalación del período autoritario que tuvimos.

La Ley Magna de 1946 también cuidó del tema, manteniendo la educación con *status* de derecho de todos, más allá de "inspirarse en los principios de libertad de solidaridad humana" (art. 166). Ha conocido, aún, la libertad de iniciativa del particular, fortaleciendo la garantía de la enseñanza privada (art. 167). Y la Constitución de 1967, con la Enmienda n. 1/69, trató de la educación en su Título IV, bajo la rúbrica "de la familia, de la educación y de la cultura", dejándola subordinada al "principio de la unidad nacional y a los ideales de libertad y solidaridad humana", elevándola "a derecho de todos y deber del Estado" (art. 176), lo que creemos haberse producido por la influencia del tratamiento dado al tema en los Pactos que cumplen cincuenta años.

Tratar el tema de los derechos fundamentales, de la misma tradición patria, que fue seguida por la Constitución ciudadana de 1988, de acuerdo con Caggiano, más allá de modernizar, sentó precedente, tanto por su posicionamiento como por su Título II, y asimismo, en nuestra opinión, por el preámbulo. Además, tuvo su inclusión expandida ya preconizada por los antiguos documentos, envolviendo los derechos de la segunda y de la tercera generación, dando énfasis a la categoría de los colectivos y sociales y ofreciendo matices de extrema contemporaneidad al sistema de tutela engendrado (2009).

Podemos añadir que, después del advenimiento de la Constitución Federal de 1988, la Conferencia Mundial de Educación para Todos (Jomtien-Tailandia, 1990) y la Conferencia de Cúpula de Nova-Delhi (1993) indicaron la necesidad de la construcción de un nuevo modelo de gestión educacional capaz de asegurar, para todos, una educación básica de calidad, vista como una de las condiciones esenciales del desarrollo humano, corroborando con el tratamiento dado por la Carta Magna, la que, se puede decir, es el principio rector de todo sistema de educación en Brasil, legitimado por leyes específicas que intentan viabilizar políticas aptas en la contribución para el crecimiento de la educación pública en el país.

Debemos, de acuerdo con nuestra Carta Magna, entender el Derecho a la educación como un derecho fundamental de naturaleza social. El referido derecho debe ser priorizado y satisfecho de la mejor de las maneras posibles. Y, en la condición de Derecho Fundamental Humano, la Educación no podrá, como advierte el PIDCP, en su parte II, artículo 5º, ítem 2, sufrir restricción o menoscabo.

#### Artículo 5º

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Así, es innegable que hoy el derecho a la educación está incluido en el catálogo de los derechos humanos fundamentales, ya expreso como tal en los Pactos “cumplidores de años”, y más específicamente en el PIDESC ya citado en el inicio de este artículo. Según Caggiano (2009), evidencia Robert Alexy, como características o calidades (como preferimos nombrar) del Derecho a la Educación, la naturaleza de "derechos morales", por cuanto pueden contar con la "universalidad" en su estructura y la postura de derechos de todos contra todos; la calidad de "derechos preferenciales", por cuanto fundamentan, exactamente, el derecho de los hombres a la de su tutela por el derecho positivo; y el carácter de "fundamentalidad del interés o carencia protegida", que exige e implica la "necesidad de respeto, su protección o su fomento por el derecho".

Además, la referida autora considera las dos facetas del Derecho a la Educación (como derecho de primera y segunda generación), lo que encaja como una realidad social y también individual. Fortalecido por la calidad de derecho de segunda generación, el derecho a la educación pasa a un contenido multifacético, con el objetivo

más allá del derecho a la instrucción como un proceso de desarrollo individual, ofrecer a los integrantes de la comunidad social instrumentos para alcanzar sus extremos. Fue a partir del brote de los derechos sociales y económicos cuando se incrementó el Derecho a la Educación con el derecho a intervenciones jurídicamente organizadas y ejecutadas en términos de un proceso de formación de la sociedad, en el modelo de políticas educacionales.

Vale resaltar el crecimiento producido sin que se abandone la imposición de salvaguarda de las prerrogativas inherentes al ser humano (derechos de primera generación), proclamadas en las declaraciones americanas y en el documento francés de 1789. Con la comprensión del Derecho a la Educación como manifestación esencial del universo indivisible, interdependiente e interrelacionado a todos los derechos humanos reconocidos, resulta nítido que la carencia e insuficiencia de este afecta y tergiversa los demás derechos. La Educación es un instrumento básico frente a las desigualdades sociales, que busca el acceso efectivo de los bienes y valores de la cultura, observando el principio de la igualdad de oportunidades. Se trata, por tanto, como afirman diversos escritores, así como organismos internacionales, insistimos, de la tarea más importante de las naciones.

Afirma el estadista Jacques Delors que “de la educación depende en gran medida el progreso de la humanidad ... Hoy en día se arraiga cada vez más la convicción de que la educación es una de las armas más poderosas que tenemos para inventar el futuro ...”. Educar es una tarea de todos; familia, iglesias, partidos políticos, sindicatos, asociaciones voluntarias, medios de comunicación, empresas...no limitándose a una sola de esas instituciones; sino por el contrario, extendiéndose a una gran variedad de las mismas. Hay que destacar que la educación, que es un derecho, es también un deber de todos y debe ser tratada como prioridad porque esta es la condición de la cultura, de la libertad y de la dignidad humanas. Se entiende, por tanto, la educación como un deber y consideramos, de acuerdo con el PIDESC, que el individuo está llamado a tomarlo, esforzándose por la promoción y respeto de los derechos reconocidos en el ya referido Pacto.

Hoy, en conformidad con la agenda del siglo XXI, los desafíos de la educación en América Latina son, entre otros, más allá de la participación de la sociedad en la acción educadora, como comentamos anteriormente, superar toda forma de discriminación, universalizar la educación básica y ampliar la educación secundaria y

superior; mejorar la calidad del currículo, buscar su coordinación con el empleo, cualificar a los profesores e invertir más y mejor. La educación se destaca, por tanto, como base fundamental para la conquista de la dignidad humana.

Compruébese que, en el caso brasileño, la educación para los vulnerables, siempre fue una educación que buscaba excluir a los negros, pues, en el caso de los africanos y sus ascendentes, el trato de la educación era totalmente diferente del normal. Mientras los indios eran alfabetizados, a pesar de haberlo sido con la intención de servir a los intereses de la Corona y de la fe católica, los negros casi nunca recibían educación formal y, cuando eso ocurría, era de forma violenta, en la base del azote y del castigo: los trabajos forzados eran su escuela de vida<sup>2</sup>. (Traducción propia).

### **3. La Mezcla de la Sociedad Brasileña y la Negritud que define una desigualdad incluso en la Educación**

El mestizaje o la existencia de los criollos, antes desconsiderados, ha presentado históricamente una evolución y viene ganando fuerza de modo particular por su crecimiento, resultado de las inmigraciones, lo que, a la vez, ha actualizado y transformado las estructuras sociales existentes, dándonos la esperanza de obtener un lugar que, independientemente de ser el ideal, estará más allá del “hemisferio occidental” o del “Atlántico Norte”.

No se cuestiona el hecho de la formación del pueblo brasileño por ser la mezcla de tres matices: indio, negro y blanco. Sin embargo, debemos estar atentos ya que, por estar tratando el contexto de los Derechos Humanos, debemos considerar que la descendencia de la sociedad brasileña es de Seres Humanos. Pues estos, al ser nombrados y clasificados como indios durante los primeros contactos con los Europeos o como negros, en un determinado contexto histórico, fueron esclavizados. Hoy todos ellos seres humanos libres viven con diversos problemas que también son comunes a los blancos: desempleo, prejuicios, drogas, alcoholismo, violencia, descaso, expulsión de sus tierras y ausencia de derechos mínimos de ciudadanía, entre los cuales destacamos la Educación.

Según las estimaciones del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), la población brasileña alcanzó en 2011 el número de 195,2 millones de

---

<sup>2</sup> Martins, Raquel. V. (2014). *Aquiraz-BR: Uma Cidade Multicultural rumo à Interculturalidade. O Caso de Duas Minorias Étnicas*. Dissertação, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2014.

habitantes. De acuerdo con el censo de 2010, el 8,5% de la población brasileña es extremadamente pobre. En este grupo se incluyen familias sin rendimiento o aquellas que viven con una renta per cápita de hasta R\$ 70,00 (setenta reales). Podemos verificar que, de manera general, la proporción de personas por debajo del umbral de la pobreza disminuye entre 2001 y 2008 para todos los grupos color/raza.

Es importante comentar que, siendo un país marcado por profundas desigualdades sociales, económicas, políticas y educacionales, Brasil vivió las últimas décadas un fuerte crecimiento del acceso a la enseñanza fundamental, pero aún insuficiente para garantizar la universalización de la escuela obligatoria. Hubo también un incremento en el número de años obligatorios, pasando de cuatro (antigua enseñanza primaria) a ocho años (antigua enseñanza fundamental), después a nueve años (enseñanza fundamental de 6 a los 14 años) y, por fin, hasta los trece años (4 a los 17 años). Este último cambio, presente en la enmienda constitucional 59, promulgada en el año de 2009, definió el año de 2016 como plazo para que todos los niños y jóvenes de la edad de 4 a 17 años estuvieran escolarizados.

Pero la universalización de la escolarización, con el antiguo rango de la enseñanza obligatoria (7 a 14 años), no sucedió, manteniéndose aproximadamente 821 mil niños y adolescentes fuera de la escuela. En la edad de 4 a 17 años, son más de 4 millones de niños y jóvenes los que están sin escolarizar. En 2010 Brasil fue el país con la tasa más grande de repetición en la educación básica de América Latina (18,7%), según la Unesco (2010), y la tasa más grande de abandono escolar del Mercosul (3,2% para la enseñanza fundamental y 10% para la enseñanza mediana), según la Síntesis de Indicadores Sociales (IBGE, 2010). Tal realidad lleva a estimar que poco más de la mitad de los alumnos que entran en la enseñanza fundamental consiga llegar al final de la enseñanza media. El problema se agrava en las regiones más pobres, entre la población negra y entre las comunidades que viven en las áreas rurales del país. En la mayoría de los estados del Noreste, el índice de conclusión de la enseñanza fundamental es inferior al 40%. Para todas las regiones, cuanto más numeroso es el grupo de alumnos, más grande es la discrepancia media (Haddad, 2008) (Traducción propia).

Entre las fuertes diferencias de enseñanza de la población, en consonancia con su situación geográfica, se destaca que la media de años de estudio de la población urbana es de 8,7 años frente a los 5 años de estudio de la población rural. Otro elemento importante a ser observado, entre las desigualdades de color/raza en la educación, es la

fuerte selectividad en la educación básica, en la cual los niños negros son los más afectados por la exclusión escolar. Con respecto a la enseñanza superior, la población general refleja un 10% de personas con más de 15 años de estudio, mientras que encontramos caídas porcentuales de un 4,11% en relación a la población negra.

Como demuestran los datos de arriba, la expansión del acceso a la educación infelizmente no ha venido acompañada de una educación de calidad, provocando que gran parte de los niños y jóvenes que pasan por la escuela no consiguen alcanzar los niveles mínimos de aprendizaje en lectura, escritura y matemáticas, lo que es apuntado por institutos de investigación nacionales y por investigaciones internacionales comparativas. Eso explica porque el 20,3% de la población brasileña es considerada analfabeta funcional – o sea, hay aproximadamente 30 millones de personas que no consiguen interpretar textos simples (PNAD/IBGE/2011)–. En la región Noreste, el problema afecta a más del 30% de la población, mientras que en la región Sudeste el porcentaje queda en 15%.

Como puede ser observado, un 3,1% de los niños de 6 a 14 años – edad correspondiente a la etapa obligatoria de la enseñanza fundamental<sup>3</sup> – está sin escolarizar según el Censo 2010. Suponen un total de 821.126 niños de 6 a 14 años: la mayoría de ellos negros, indígenas, quilombolas, deficientes, pobres y en riesgo de violencia y explotación.

De ese total, aproximadamente 512.402 son negros, lo que explicita, una vez más, el desafío de la desigualdad racial en la educación (IBGE/Censo 2010).

A pesar de la mejora de los indicadores en los últimos años, el analfabetismo entre jóvenes negros de 15 a 29 años es casi dos veces más grande que entre blancos – tasa que era tres veces más grande al inicio de la década (Unicef/2009)–. El hueco fue aumentado entre blancos y negros en las edades superiores.

De acuerdo con datos del IBGE, apenas 26 de cada 100 alumnos de las universidades del país son negros. A pesar de ser la proporción aún hoy muy inferior, el aumento del acceso de la población negra a la enseñanza superior fue de un 232% en comparación al de los años 2000 y 2010.

El incremento al acceso a la formación universitaria refleja las políticas afirmativas implementadas por el gobierno en los últimos años, en respuesta a las

---

<sup>3</sup> Recordemos que la edad de educación obligatoria fue ampliada de 4 a 17 años, en 2009, aunque nosotros nos refiramos a la edad anterior, pues esa ha sido la considerada en los informes utilizados.

reclamaciones históricas del movimiento negro en el país, pero los datos apuntan una enorme discrepancia, puesto que de cada cien formados, menos de tres, o 2,66%, son pardos o negros.

Es importante observar que en los documentos oficiales no se niega la existencia de grandes desafíos en relación a las minorías en lo que a la ejecución de sus más variados derechos se refiere, pero en la educación, a pesar de ser considerada la estrategia para el enfrentamiento de las diversas desigualdades, discriminaciones y violencias de género presentes en la vida cotidiana y para el acceso de las mujeres y hombres a otros derechos humanos, es aún bastante lenta la puesta en práctica de la legislación conquistada con el movimiento negro en ese ámbito.

La legislación brasileña reconoce seis modalidades escolares; la educación especial, la educación de jóvenes y adultos, la educación en la escuela indígena, la educación en el campo, la educación en la escuela quilombola, y la educación profesional y tecnológica, siendo la responsabilidad de estados y municipios ofrecerlas en sus respectivas redes y establecimientos educativos. El país debe ser el responsable con el apoyo técnico y financiero correspondiente para su oferta.

Existe la necesidad de que podamos buscar la construcción de un saber articulado con los aspectos económicos, sociales, políticos y ecológicos, pero también es conveniente que se busque un cambio de ideas, actitudes y valores en las condiciones de las comunidades, haciendo que los miembros de aquellas sean, individualmente, sujetos de su propio desarrollo, trabajando el auto estudio y su capacidad de saber producir. Y debemos señalar que a medida que empiezan a confiar más los unos en los otros, pasan a buscar soluciones de tipo cooperativo para sus problemas.

Y más allá, la educación pasa a ser vista como una tarea general dirigida a las familias y al conjunto de la comunidad, incentivándolos, lo que contribuye a que tengan éxito.

En Brasil, más aún en las áreas rurales, las escuelas que existen necesitan de infraestructura, así como de profesores preparados; el transporte para la escuela es deficiente, lo que dificulta el acceso de los estudiantes así como de los profesores a las escuelas. Con respecto al capital sociocultural, la desigualdad se evidencia en el acceso a la educación en relación a los de las ciudades, así como el bajo desempeño de los estudiantes y las elevadas tasas de distorsión edad-serie.

Aunque existan proyectos educativos como SEIF/MEC, UNEFAB y ARCAFAR, CONTAG, más allá de programas como Educación Quilombola, Educación Indígena, y propuestas como SERTA y PRONERA<sup>4</sup>, existen comunidades donde ninguno de ellos es contemplado, existiendo una enorme carencia de un proyecto político pedagógico que, en el núcleo de su organización, contenga las especificaciones del campesino, por ejemplo.

#### 4. El Derecho Humano a la Educación en los últimos 25 años en Brasil

Los Derechos Humanos ganan fuerza con el proceso de redemocratización de los años 80, con los movimientos organizados contra las violaciones de tales derechos en el período dictatorial (1964/1985). El Derecho humano de la educación,

---

<sup>4</sup> SEIF/MEC - Proyecto Educativo correspondiente al Departamento de Educación Infantil y Primaria del Ministerio de Educación; UNEFAB - La Unión Nacional de Escuelas de la Familia Agrícola de Brasil fue establecida en 1982 a través de un proceso de discusión y estudio llevado a cabo por el EFA - Escuelas de la Familia Agrícola, buscando ser una institución de representación y asesoramiento a estas escuelas, la asistencia en el fortalecimiento y la difusión de propuesta pedagógica de la alternancia. UNEFAB. [en línea]. <[Http://www.undefab.org.br/p/historico.html#.U45RBvl\\_s2w](http://www.undefab.org.br/p/historico.html#.U45RBvl_s2w)>. [30 agosto 2016].

ARCAFAR - Fundada el 8 de junio de 1991, en Barracão, en el extremo suroeste del estado de Paraná, sur ARCAFAR - Asociación Regional de Rural casas de la familia en el sur de Brasil se estableció como una asociación de caridad y cultural, que tiene como objetivo coordinar una obra filantrópica para promover, desarrollar y crear oportunidades para los jóvenes, hombres y mujeres, para permanecer en el medio en que vive la capacitación integrada con su realidad. Por lo tanto, busca proporcionar las condiciones para la integración de estos jóvenes en su comunidad y por lo tanto proporcionar nuevas oportunidades, generación de ingresos, la inclusión social, calidad de vida, la ciudadanía y la dignidad. ARCAFARSUL. [en línea]. <[Http://www.arcafarsul.org.br/page/conteudos/1/quem-somos.html](http://www.arcafarsul.org.br/page/conteudos/1/quem-somos.html)>. [30 agosto 2016].

CONTAG - Confederación Nacional de Trabajadores Agrícolas cumplió 50 años de fundación el 22 de diciembre de 2013. En la actualidad, con 27 federaciones de trabajadores en la agricultura (FETAGs) y más de 4.000 de los trabajadores rurales (uniones) STTRs afiliados, conforma la Unión de Trabajadores del campo Movimiento (MSTTR), la lucha por los derechos de más de 15,7 millones (PNAD / IBGE, 2009) de hombres y mujeres en el campo y el bosque, que son agricultores (la) familia, camping ( as) y colonos (la) reforma de la tierra, los asalariados (el país), aparceros comodatarios, recolectores, quilombolas, y los pescadores artesanales de la ribera. CONTAG. [en línea]. <[Http://www.contag.org.br/index.php?modulo=portal&acao=interna&codpag=425&nw=1](http://www.contag.org.br/index.php?modulo=portal&acao=interna&codpag=425&nw=1)>. [30 agosto 2016].

SERTA es una propuesta educativa cuyos principios que constituyen su base filosófica, están inspirados por varios autores y se han vuelto a trabajar a partir de la práctica de sus profesores y técnicos. Las bases de la propuesta educativa para apoyar el desarrollo sostenible se han desarrollado desde 1994 y el resultado de las reflexiones y prácticas en las escuelas, programas de asistencia social, capacitación de productores, educadores y jóvenes. Algunos de los componentes Peads incluso fueron incorporados en las Directrices Operativas de documentos para la Educación Rural, preparado por el Consejo Nacional de Educación y aprobado por el Ministerio de Educación (MEC) SERTA. [en línea]. <<http://www.serta.org.br/proposta-educacional/>>. [30 agosto 2016].

PRONERA - Programa Nacional de Educación en la Reforma Agraria, el Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria (INCRA) tiene la misión de ampliar los niveles de educación formal de los colonos de trabajadores rurales. Actúa como la herramienta de la democratización del conocimiento en el campo, para proponer y apoyar proyectos de educación, utilizando metodologías centradas en el desarrollo de las áreas de reforma agraria. CED. [en línea] <[Http://www.ced.ufsc.br/pronera/?page\\_id=10](http://www.ced.ufsc.br/pronera/?page_id=10)>. [30 agosto 2016].

específicamente, es impulsado con el movimiento para la unión de los/las estudiantes, que buscan una educación popular, en favor de la democratización del sistema educacional.

En esencia la educación es un requisito previo de la calidad humana; es una exigencia para la dignidad humana. Todos los seres humanos son dignos de respeto y tienen el derecho a una vida digna y honrada. Estamos hablando de un derecho universal; uno de los derechos esenciales (Educación, Salud, Vivienda, Trabajo, Cultura...); uno de los derechos responsables para traer la dignidad de los individuos; un derecho reconocido y consagrado en los Instrumentos internacionales con al menos medio siglo de existencia, si consideramos apenas los dos pactos (PIDCP e PIDESC) y, en Constituciones; un derecho capaz de promover una cultura de convivencia con las diversidades (de género, sexual, étnico racial y religiosa, eliminando todas las formas de discriminación y preconcepción); un derecho que tiene como objetivo garantizar en todos los niveles y etapas de enseñanza el acceso, la permanencia, el aprendizaje y el atendimento a las especificidades de los estudiantes del campo, indígenas y negros, con el objetivo del ejercicio del derecho a educación. Tal derecho, es protegido por la Constitución y algunas otras leyes.

La Constitución Federal de 1988 (Constitución Ciudadana), fue la primera gran legislación que fundamentó la Educación en Derechos Humanos (EDH), determinó la protección a todas las manifestaciones culturales, haciendo respetar expresamente las culturas populares, indígenas y afrobrasileñas, mereciéndose destacar aquí el caso de esta última, pues son reconocidas por primera vez en la referida Carta Magna, lo que, de acuerdo con Maurício Arruti (1997), se debió mucho al avance de las políticas indígenas e indigenistas. Es gracias a este Diploma Legal que tenemos, entonces, la “primera” gran conquista legal, en la cual Brasil consigna una visión pluralista, especialmente cuando es innovada con la Convención 169 de 1989 de la OIT, que menciona: “Los pueblos indígenas y tribales pueden hablar por si mismos y tienen el derecho de participar en el proceso de tomas de decisiones en lo que a ellos compete” (traducción propia). Siendo adherida por 17 países incluso Brasil, la referida Convención hace surgir los sujetos indígenas y “quilombola” que pasarían a luchar por sus derechos territoriales y rescate cultural.

A partir de la Constitución de 1988, tuvimos muchas leyes que contribuyeron a la evolución de la EDH. Sintetizaremos aquí los últimos 25 años, evidenciando la

legislación directamente relacionada a educación de las minorías étnicas, en la cual hubo una gran evolución:

1995 – Creada la Red Brasileña de Educación en Derechos Humanos.

1996 - Ley nº 9.394, de 20 de diciembre de 1996 (Ley de Directrices y Bases - LDB)

2002 – Resolución CNE/CEB 1/2002, de una reglamentación específica para la educación en la escuela de los campesinos. Tal resolución definió las Directrices Operacionales para la Educación Básica en las Escuelas del Campo, con fundamento en el Parecer CNE/CBE nº 36/2001 que orienta los sistemas de enseñanza para algunos colectivos sociales<sup>5</sup>.

2003 - Ley nº 10.678, de 23 de mayo de 2003 (Crea el Consejo Nacional de Promoción de la Igualdad Racial (CNPPIR). Reglamentada por el Decreto 4.885 de 20 de noviembre de 2003.

2006 – En ese año, merece destacarse la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, compuesta por 46 artículos, dejando clara la visión multicultural y de respeto mutuo entre las diferencias, promoviendo la interculturalidad, o sea, una interacción cultural, garantizado derechos a esos pueblos, siendo por primera vez reconocidos los derechos de la colectividad indígena y negra, más allá de los derechos humanos y universales compartidos con los otros ciudadanos.

2007 - Parecer CNE/CEB nº 2/2007 (Referente a la cobertura de las Directrices Curriculares Nacionales para la Educación de las Relaciones Étnico raciales y para la enseñanza de Historia y Cultura afrobrasileña y africana).

Ley nº 11.494/2007, que reglamenta el Fondo de Desarrollo de la Educación Básica y de Valorización de los Profesionales de la Educación (FUNDEB) para el atendimento de esa parcela de la población, donde se destaca el Artículo 10, inciso XV.

2008 - Ley nº 11.645 que altera la Ley nº 9.394, de 20 de diciembre de 1996, modificada por la Ley nº 10.639, de 9 de enero de 2003, que establece las directrices y bases de la educación nacional, para incluir en el currículo oficial de la red de enseñanza la obligación de la temática “Historia y Cultura Afrobrasileña e Indígena”.

---

<sup>5</sup> Esos grupos corresponden a las poblaciones rurales en sus más variadas formas de producción de la vida, agricultores familiares, pescadores extractivos artesanales, fluviales, asentados y acampados de la reforma agraria, quilombolas, caiçaras, indígenas y otros. (tomado del Art.1º de la Resolución nº 2 de 28.04.2008 que establece las directrices complementarias, normas y principios para el desarrollo de políticas públicas de atención de la Educación Básica del Campo) (traducción propia).

2009 - Decreto nº 6.872, de 4 de junio de 2009 que aprobó el Plano Nacional de Promoción de la Igualdad Racial – PLANAPIR.

2010. Decreto nº 7.352/2010, que dispone sobre la política de Educación del campo y el Programa Nacional de educación en la Reforma Agraria (PRONERA) y que incluye los quilombolas en el rol de aquellos considerados como población del campo (Art.1º, § 1º, inciso I)

2012. Decreto nº 7.690, de 02/03/2012: compete a la Secretaría de Educación Continuada, Alfabetización, Diversidad e Inclusión (SECADI), como uno de los retos de las Políticas Educativas, la valorización de las diferencias y de la diversidad. Aún en ese año, la Ley nº 12.711/2012, sancionada en agosto del mismo año, garante de la reserva del 50% de las matrículas por curso y turno en las 59 universidades federales y 38 institutos federales de educación, ciencia y tecnología a alumnos oriundos integralmente de la enseñanza mediana pública, en cursos regulares o de la educación de jóvenes y adultos. El resto del 50% de las vacantes quedan para la competencia nacional. Se trata de la Ley de Cotas, reglamentada por el Decreto nº 7.824/2012, que define las condiciones generales de reservas de plazas, establece el sistema de acompañamiento de las reservas de plazas y la regla de transición para las instituciones federales de educación del tercer ciclo. Existe, también, la Portaria Normativa nº 18/2012 del MEC, que establece los conceptos básicos para la aplicación de la ley y prevé las modalidades de las reservas de vacantes y las fórmulas para el cálculo, fija las condiciones para concurrir a las plazas reservadas y establece el sistema para su ocupación. Son extractos de la Ley 12.711/2012 que destacamos aquí:

Art. 3 En cada entidad federal de la educación superior, los lugares citados en el art. 1 de esta Ley se cubrirán por supuesto, y a su vez, para los negros auto-declarados, mulatos e indios, en proporción al menos igual a la de los negros, mulatos e indios en la población de la unidad Federación donde se ha instalado la institución, según el último censo del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE).

Párrafo único. En el caso de no cubrir las vacantes de acuerdo con los criterios establecidos en el presente artículo, los que quedan deben ser completadas por los estudiantes que han completado la escuela secundaria en escuelas públicas. (Artículo 3 de la Ley 12.711 del 29/08/2012).

Art. 5 En cada institución federal de enseñanza técnica de nivel medio, los lugares mencionados en el art. 4 de esta Ley se cubrirán por supuesto, y a su vez, para los negros auto-declarados, mulatos e indios, en proporción al menos igual a la de los

negros, mulatos e indios en la población de la unidad de vivienda Federación de la institución, según el último censo del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE).

Párrafo único. En el caso de no cubrir las vacantes de acuerdo con los criterios establecidos en el presente artículo, los que quedan deben ser cubiertos por los estudiantes que han completado la educación primaria en las escuelas públicas. (Artículo 5 de la Ley 12.711 del 08/29/2012).

Art. 6 El Ministerio de Educación, la Secretaría Especial de Políticas de Promoción de la Igualdad Racial y la Presidencia serán responsables de la supervisión y la evaluación de este programa de Derecho, oída la Fundación Nacional del indio (Funai). (Art. 6 de la Ley 12.711 del 29/08/2012) (Traducción propia).

Aún en 2012 – Parecer CNE/CEB n° 16/2012 Elaboración de las Directrices Curriculares Nacionales para la Educación de la Escuela Quilombola.

2014 - Ley 13.005 del Plan Nacional de Educación - PNE, sancionado por la presidenta Dilma Rousseff en 25 de junio de 2014. En el inciso II del Art. 8°, queda establecido que:

Los estados, el Distrito Federal y los municipios deben desarrollar sus planes de educación correspondientes, o ajustar los planes ya aprobados por la ley de acuerdo con las directrices, objetivos y estrategias previstas en este PNE dentro de un (1) año de publicación la presente Ley.

(...)

Las agencias federales teniendo en cuenta las necesidades específicas de las poblaciones del campo y de las comunidades indígenas y quilombolas, aseguraron la equidad educativa y la diversidad cultural. (Artículo 8, fracción II de la Ley 13.005 de 25/06/2014) (traducción propia).

Es de destacar que el decenario de los afro-descendientes comparte el mismo espacio y tiempo de la aplicación de la Ley 13.005 del Plan Nacional de Educación - PNE (2014-2024).

Actualmente, los datos del Censo Demográfico 2010, del IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística) muestran que la desigualdad racial continúa en Brasil, con un número de estudiantes blancos mayor que el de los negros. Estos datos muestran que la expansión de las políticas públicas de educación que priorizan la presencia de los más vulnerables constituye un reto permanente, especialmente para la población que vive en las Tierras Indígenas y quilombolas.

2016. Ahora mismo fue publicada la Ley 13.278/2016, que altera la LDB, con la inclusión de las artes visuales, de la danza, de la música y del teatro en los currículos de los diversos niveles de la educación básica. Juzgamos interesante, a considerar ya en este artículo, porque más allá de tratar la imagen crítica que la sociedad brasileña tiene de los Derechos Humanos, así como de la Educación, lo que se ve también a través de las *charges*, un arte visual que comentaremos más adelante, la inclusión de estos medios, así como observó Cristovam Buarque (redactor de la materia en la Comisión de Educación) en el currículo, es una manera de conseguir crear una consciencia (indispensable en la EDH) y también de enseñar a los jóvenes brasileños a interesarse por las bellezas del mundo, lo que es tan importante como hacerles entender la ciencia o la realidad del mundo.

### **5. La Imagen de los Derechos Humanos y de la Educación en la *Charge*: Una pizca de humor en la manera en que los observadores críticos envuelven su mirada**

Miramos una imagen y ella nos comunica. Las formas y los colores que vemos en la imagen expresan algo sobre el mundo. Podemos decir que es una representación de algo. Hay un dicho popular que dice que una imagen puede cambiar conceptos, creencias y pensamientos, lo que consideramos una gran verdad. De acuerdo con Novaes, haciendo referencia a Mitchell, las imágenes también pueden ser de varios tipos: gráficas como las pinturas, las estatuas y los dibujos; ópticas como los reflejos en el espejo y las proyecciones; perceptivas como las apariencias, mentales (como los sueños, las memorias, las ideas verbales como las metáforas y las descripciones. Cabe resaltar que, de modo general, las imágenes nos remiten casi siempre al referente que ellas presentan, es decir, las imágenes están siempre próximas a lo que presentan; lo que se verifica en la afirmación de Barthes<sup>6</sup>, cuando comenta que

Según una antigua etimología, la palabra imagen debería estar ligada a la raíz de imitar.

Matos<sup>7</sup> supone el surgimiento de la imagen, en el persa antiguo. Definida como la "instancia intermedia entre lo sensible y lo inteligible", la imagen es la "inmaterialidad material". Vernant<sup>8</sup> por su parte, aproxima la imagen de un mundo a otro, mostrando el proceso que lleva al desarrollo de las imágenes desde los ídolos, de

---

<sup>6</sup> Barthes, Roland. *La aventura semiológica*. Barcelona: Paidós, 1990, p. 27.

<sup>7</sup> Matos, Francisco. *Muestra de su obra poética*. Madrid: Francisco Matos Paoli, 1991.

<sup>8</sup> Vernant, Jean-Pierre. *Figures, idoles, masques*. París: Julliard, 1990, p. 318.

las actualizaciones simbólicas de las distintas modalidades de lo divino. Sólo después de un largo proceso, la imagen pasó a ser

Concebida como un artificio imitativo que reproduce, bajo la forma de falso semblante, la apariencia exterior de las cosas reales.

A partir de esa época, el referido autor, defiende que la imagen empieza a depender del ilusionismo figurativo, dejando, por tanto, de aparecer con el dominio de las realidades religiosas.

Podemos decir que las imágenes son universales, pues existen en todas las culturas humanas, pero son también artefactos culturales. Para Lévi-Strauss<sup>9</sup> la imagen es una apropiación de la naturaleza, hecha por la propia cultura, es decir, imágenes que no reproducen lo real, ellas lo representan o lo presentan nuevamente, pues ninguna imagen es idéntica a la realidad. Existe, sin duda, una relación entre la imagen y el objeto que ella representa, pues si no fuera así no podría ser considerada un sistema de signos.

Las imágenes tienen una naturaleza paradójica o, están eternamente ligadas a su referente concreto, o están expuestas a innumerables interpretaciones, dependiendo de quién sea el observador, como es el caso de la manera en que son vistos los temas de Derechos Humanos y Educación en Brasil.

Abordaremos, más allá de las imágenes gráficas, las imágenes mentales impresas en la mente en función de una experiencia con objetos. Una palabra es una imagen de ese tipo, es una imagen de una idea que, a su vez es la imagen de una cosa, es decir, una cadena de nuevas presentaciones.

Parafraseando a Novaes<sup>10</sup> una imagen presenta nuevamente, en el sentido bien sencillo de que ella hace presente cualquier cosa ausente. La referida autora afirma aún que la imagen así, presenta otra vez algo ausente, reproduciendo aspectos de su apariencia visible o de aquello que se estableció como su apariencia. Ella imita, pero sin ser idéntica a lo que representa.

Interesante también resulta mencionar aquí dos de las cuatro modalidades que según Wolff<sup>11</sup> cuando compara lenguaje con imagen. Para él, el lenguaje puede “decir”

---

<sup>9</sup> Lévi-Strauss, Claude. *The elementary structures of kinship*. Boston: Beacon, 1969.

<sup>10</sup> Novaes, Regina. *Juventude e sociedade: jogos de espelhos, sentimentos, percepções e demandas por direitos e políticas públicas* [en línea]. < <http://antropologia.com.br/arti/colab/a38-rnovaes.pdf> > [16 de junio de 2016]-

<sup>11</sup> Wolff, Tobías. *La vieja escuela*. Madrid: Alfaguara, 2005.

mientras que la imagen es incapaz de hacerlo. Para este autor, son exactamente tales impotencias donde reside toda la potencia de la imagen.

En primer lugar, el único modo de la imagen es el indicativo, es decir, la imagen ES, sin SI o TAL VEZ. Además, el único tiempo es el presente. La imagen ignora el pasado y el futuro. Como bien dice Novaes, la imagen tiene ese poder de representar la realidad ausente o distante, aquella que no puede estar presente a nuestros sentidos. (Traducción propia).

En ese contexto, podemos decir que las imágenes favorecen, más que el texto, la introspección, la memoria, la identificación, una mixtura de pensamiento y emoción. Las imágenes, envuelven, más que el texto descriptivo, la imaginación de quien las contempla, pues en cuanto elemento visual tienen la capacidad de metáfora y sinestesia, capacidad que es mucho más acentuada en las imágenes comparadas al texto verbal.

Entre las especies de imágenes destacamos la *charge* que es un estilo de ilustración (un arte visual que puede incluso ser considerado en los currículos, satisfactorio a la Ley 13.278/2016 a la que nos referimos anteriormente) que tiene por finalidad satirizar, por medio de una caricatura o no, algún acontecimiento actual con uno o más personajes involucrados. La palabra es de origen francés y significa carga, o sea, exagera características del carácter de alguien o de algo. Más que un diseño sencillo, podemos afirmar que la *charge* es una crítica político-social donde su creador expone gráficamente su visión sobre determinadas situaciones cotidianas a través del humor y de la sátira. Para entender una *charge*, no es necesario ser una persona culta, basta estar al corriente de lo que acontece a su alrededor. La *charge* tiene un alcance más grande que un editorial, por ejemplo.

En ese contexto, consideramos la *charge* como un indicio de una realidad importante a ser entendida. El encuentro con la temática de las representaciones humorísticas en el estado de Ceará, nos hizo percibir que la pedagogía puede ser pensada y hecha a través del humor, o mejor, de la risa o de lo que es transformado en risible, como dice Matilde de Lima Brilhante en su Trabajo Fin de Máster desarrollado en el año de 2011: Una vez que las prácticas humorísticas hacen parte de la vida del hombre de forma tan natural y socialmente aceptada, que casi siempre pasan inadvertidas mientras son fenómenos construidos históricamente, como defiende la autora, y como instrumento que facilitan el entendimiento de las personas, muchas veces, mezclando ideas e intereses de aquellos que las crean.

Trabajar el humor como herramienta pedagógica es un verdadero reto. Sobre todo, para la aplicabilidad en Brasil, para un abordaje de la temática de los Derechos Humanos en las escuelas, que, con la gran diversidad en todos los sentidos, muchas veces son el alivio de un lado sádico, el sentido de ridículo del humor, cuando aparecen sentimientos de vergüenza, llevando a los alumnos a experimentar situaciones de exclusión. Pero como todo desafío, supone la necesidad de asumir el riesgo de embarcarse por caminos inciertos y desconocidos. Estudiar el humor será la base para llegar a las pistas para la buena aplicación de ese recurso en el área educativa logrando resultados positivos. Elegimos las “charges” porque juzgamos para este caso, el tipo más adecuado, mientras no podemos perder de vista que el tema del humor no es un juego, sino que por el contrario, es muy serio, en especial cuando la propuesta es hablar de asuntos tan significantes.

Fernández defiende por lo menos once funciones relevantes del humor en la educación, entre ellas destacamos la motivadora, con la que el humor consigue despertar interés y entusiasmo por el tema con el que se va a trabajar; la diversión, que posibilita sensaciones de alegría y contento; la función creativa, ya que con el humor se estimula el pensamiento divergente; y la función pedagógica, pues el sentido del humor aplicado al campo educativo lleva a la mejora y agilidad de los procesos de enseñanza y aprendizaje.

Concordamos con el mismo autor cuando afirma que, tanto la educación formal como la informal deben ser implantadas a partir de las estrategias de intervención socioeducativa originales y creativas Fernández<sup>12</sup>. Además, el humor bien empleado, puede servir a los educadores como herramienta para conseguir los objetivos pretendidos. Creemos que el humor puede ser un tema valioso e interesante en la tarea pedagógica.

Vale resaltar que verificamos, a través del estudio de März<sup>13</sup> la constatación de que en la historia de la educación, considerando el período de la escuela griega y helenista, del siglo VI hasta la Edad Media, no se practicaba el humor y, por tanto, aparece para el referido autor como una carencia de la inclusión de este en los aspectos educativos.

---

<sup>12</sup> Fernández, Anna María. *Mujeres en la élite política: testimonio y cifras*. México: UAM, 1999.

<sup>13</sup> März, Fritz. *Introducción a la pedagogía*. Salamanca: Sígueme, 1967.

De acuerdo con Fernández reconocemos la importancia del empleo del humor como recurso didáctico, pues estimula y enriquece los procesos de enseñanza-aprendizaje. Defendemos la introducción de innovaciones en los procesos de enseñanza a través del humor sea en la elaboración de nuevos y creativos materiales, sea en la transmisión de la información de manera que facilite el entendimiento. Con eso, se consigue mejorar el aprendizaje con el aumento de la motivación y fortalecimiento de las actitudes positivas de los educandos.

Mientras, los educadores somos conscientes de la importancia que tiene el humor en la vida de los grupos y así debemos tomar en consideración algunas razones de tal importancia. En un listado enumerado por Fernández, elegimos aquellas razones que creemos realmente esenciales para alumnos de las escuelas brasileñas:

1. Genera un ambiente positivo y constructivo.
2. Sirve de apoyo y confianza.
3. Facilita la relación e interacción.
4. Ayuda a enfrentar las situaciones de desaliento.
5. Ayuda a dominar situaciones pedagógicamente críticas.
6. Consigue la diversión del grupo.
7. Aumenta la unión entre los miembros del grupo.
8. Mejora los canales de comunicación.
9. Aumentan las oportunidades de bienestar.
10. Consigue que más miembros conecten con el grupo.

Periódicos como “El Pueblo” y “Diario del Noreste” (medios impresos), que pasaron a hacer uso de las *charges* en la década de los 80, utilizaron sus páginas para destacar la importancia del lenguaje humorístico para los debates en una sociedad que se tenía por democrática.

Corroborando con el pensamiento de Matilde<sup>14</sup> defendemos que las *charges* concilian crítica con ironía, las imitaciones y sátiras, exposiciones que, desde la antigüedad helénica, nada más son de lo que expresiones artísticas y creativas de manifestación del pensamiento. Son, por tanto, materiales de información completos, pero en nuestra opinión poco utilizados en las escuelas, pues como estilo de humor las consideramos un elemento fundamental en la formación del pensamiento, que facilitará el aprendizaje, pues al final muchas veces aprendemos más por el humor que por la seriedad.

---

<sup>14</sup> Matilde, María. *Atrapada sin salida*. Buenos Aires: UNSAM, 2010.

Tal instrumento alcanza a un gran número de personas por ser presentado de forma divertida y de rápida asimilación. La aplicabilidad del mismo en materiales didácticos orientados, por ejemplo, a las minorías étnicas, dejando de lado la demagogia del popular “mito de la democracia social”, esclarecido por Urquiza (2014), podrá dinamizar el proceso de aprendizaje de los usuarios de la educación.

Lo que puede o no ser tomado como tema en la producción de *charges*, responde únicamente a los intereses de sus creadores y las polémicas muchas veces generadas con sus publicaciones apuntan a eso y no al pensamiento del momento como puede comprobarse en la falta de compromiso que el humor expone. Por tanto, el *chargista* lleva en consideración la no ofensa a los intereses de él mismo o del grupo para el que trabaja, fuera de eso, el humor parece no disponer de ninguna regla para definir lo que puede o no ser tomado como contenido de tal creación. Así que en los materiales didácticos la responsabilidad por la creación de las *charges* debe quedar a cargo de *chargistas* comprometidos con la educación intercultural y su utilización debe ser tal que disemine el conocimiento, ya que el lenguaje humorístico detenta un gran poder de comunicación, productor de sentido que va más allá de la diversión, lo que impulsará a la percepción de las representaciones a través de la interpretación de la realidad.

Podemos encuadrar la propuesta de la creación de *charges* y su uso en materiales didácticos en la categoría de manifestaciones que tienen como referencia la realidad social del alumnado de la escuela brasileña. Hablar de *charges* es hablar de representaciones, pues estas *son más que las interpretaciones que hacen los individuos como resultado de su contacto y relación con la realidad* formas en cómo los individuos se apropian de la realidad y sólo existen a través de realizaciones de esta en relación unos con los otros en su relación con el mundo. Este rico incremento podrá contribuir mucho a los cambios en la consciencia sobre la realidad del contexto de los Derechos Humanos en Brasil<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Política e direitos humanos. [en línea]. <<https://goo.gl/CDTUht>>. [30 de agosto de 2016]. Política e direitos humanos. <<https://goo.gl/O4oI7G>> [30 de agosto de 2016].



Con las imágenes de arriba, podemos entender que, aunque fueran muchos los avances, no queda duda, se nos advierte que no debemos olvidar que una gran parte de la población brasileña no sabe lo que son los Derechos Humanos, y mucho menos que pueden ejercerlos aún tratándose de derechos civiles y políticos, así como culturales, económicos y sociales, que, como vimos, hace 50 años fueron establecidos con el PIDESC y el PIDCP, y que todo ser humano tiene al nacer. Así, con una visión crítica se constituye una ironía... pues aún se muere en Brasil sin conocer esos derechos.

## 6. Consideraciones Finales

Para concluir, usamos las palabras de Antonio Augusto Cançado Trindade (2014): “todavía hay un largo camino por recorrer”. Entendemos que tal afirmación se encaja perfectamente en la realidad de los últimos años de la EDH, período que coincide con el momento en el que se pasó a reconocer la necesidad urgente de proteger, de modo especial, a los más desfavorecidos y vulnerables, con la comprensión de que, a pesar de toda la atención a ellos dada por los órganos supervisores de los tratados de derechos humanos, incluso con todos los avances registrados en las últimas décadas en la protección internacional de los derechos humanos, persisten las violaciones de los mismos.

De los Pactos que consideramos para el desarrollo de nuestro artículo (PIDESC y PIDCP), con una mención más grande para el primero, hacemos aquí la conmemoración especial de sus “bodas de oro” porque en ellos están contenidas algunas de las disposiciones jurídicas internacionales más importantes para el establecimiento de los derechos económicos, civiles, políticos, sociales y culturales, comprendidos entre otros, los derechos relativos a educación.

La educación, a nuestro modo de ver, es la herramienta capaz de posibilitar la disminución de las desigualdades, pues proporciona un despertar de conciencia de las

necesidades de protección, para que pasen, especialmente los grupos vulnerables de base étnica, a ser consistentemente defendidos de los abusos de cualquier tipo de poder y de todos los tipos de dominación. Más allá de la protección, y de la promoción del respeto universal y efectivo de los derechos y libertades del hombre oriundo del PIDESC y PIDCP, observamos, la necesidad de desarrollar prácticas educativas, en las que se tome en consideración no sólo las diferencias culturales, sino también las diferencias socioeconómicas vividas en Brasil, con la utilización de imágenes humorísticas.

### Referencias Bibliográficas

- ABA. *Documento do Grupo de Trabalho sobre Comunidades Negras Rurais*. Brasília: mimeo, 1994.
- Arruti, José Mauricio A. “A emergência dos” remanescentes”: notas para o diálogo entre indígenas e quilombolas”. *Mana*, 1997, 3(2), pp. 7-38.
- Azevedo, Janete. “Implicações da nova lógica de ação do Estado para a educação Municipal”. *Revista Educação & Sociedade*, 2002, 23,80.
- Barthes, Roland. *La aventura semiológica*. Barcelona: Paidós, 1990, p. 27.
- Bobbio, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986
- Brasil. Ministério da Educação.. Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação. Brasília, 2013
- Lei nº 9.394/1996: Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília.
- Constituição Federal de 1988. Brasília: Senado Federal.
- Decreto nº 6.861, de 27 de maio de 2009. Brasília.
- Estatuto do Índio. Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973. Brasília.
- Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012. Brasília.
- Lei 13.005 do Plano Nacional de Educação – PNE, de 25 de junho de 2014. Brasília.
- Lei nº 10.678, de 23 de maio de 2003. Brasília.
- Lei nº 11.645, de 10 de março de 2008. Brasília.
- Caggiano, Mónica Herman S. “A educação: direito fundamental”. En Ranieri, Nina y Stocco, Beatriz (coords.). *Direito à Educação: aspectos constitucionais*. São Paulo: EDUSP. 2009

- González Casanova, Pablo. *Colonialismo interno, uma redefinição. A teoria marxista hoje. Problemas e perspectivas*. [em linha] s.d. 2007. <[http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/campus/marxispt/cap\\_19](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/campus/marxispt/cap_19)> [s.d.].
- Lima Cavalcante, Antônio Wellington. Alves de Sousa, Manuel. et al. *Descobrimo e Construindo Aquiraz Conhecimentos de Geografia e História*. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2005.
- Censo, I. B. [em linha] s.d. 2010 <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/>>.[s.d.].
- Chauí, Marilena. “Direitos Humanos e Medo”. Em s.a. *Direitos Humanos e Medo*. São Paulo: Brasiliense/Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1989.
- Cunha, Luiz Antonio. *Educação, estado e democracia no Brasil*. São Paulo: Universidade Federal Fluminense/ Brasília, 1991.
- Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e Tribais, 2006.
- Díaz, María Guadalupe T. et al. *Interculturalidad, saberes campesinos y educación: un debate con la diversidad cultural*. México: Colegio de Tlaxcala, 2004.
- Dorado, Luiz Fernandes. *Gestão da educação escolar*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.
- Espina, Ángel. B. (ed.). *Conocimiento local, comunicación e Interculturalidad*. s.l. Massangana, 2006.
- Faleiros, Vicente de Paula. *O que é política social*. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- Fernandes, Bernardo Mançano y Cerioli, P. R., et al. “Por uma educação básica do campo”. En ARROYO, Miguel Gonzalez y Caldart, Roseli. et al. (coords.). *Por uma educação do campo*. Petrópolis: R J: Vozes. 2004.
- Fernández, Anna María. *Mujeres en la élite política: testimonio y cifras*. México: UAM, 1999.
- Oliveira Gomes, Alexandre y Vieira Neto, João Paulo. *Museus e memória indígena no Ceará*. Fortaleza: Museu do Ceará, 2009.
- Haddad, Sérgio. “Educação e exclusão no Brasil. Ação Educativa”. *Le Monde Diplomatique*, 2008.
- Harris, Marvin. *Antropologia Cultural*. Madrid: Alianza Editorial, 2011.
- Júnior, Sylvio Norton, González et al. *Quilombos como Novo Modelo de Desenvolvimento, Tendo a Comunidade Como Prioridade: Um Estudo de Caso na Associação dos Remanescentes dos Quilombos de Alto Alegre e Adjacências no Distrito de Alto Alegre, Município de Horizonte, Ceará, Brasil*. Ceará:

- Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico, 2009.
- Levi-Strauss, Claude. *The elementary structures of kinship*. Boston: Beacon, 1969.
- Libaneo, José. C.; Oliveira, João F. de. et al. *Educação escolar: políticas, estrutura e organização*. São Paulo: Cortez, 2007.
- Lima, Marcos. Martins, Antônio, et al. (coords.). *Avaliação, Gestão e Estratégias Educacionais. Projetos e Processos Inovadores em Organizações*. s.l.: UFC, Fortaleza, 2008.
- Martins, Raquel V. (2014). *Aquiraz-BR: Uma Cidade Multicultural rumo à Interculturalidade. O Caso de Duas Minorias Étnicas*. Dissertação, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2014.
- März, Fritz. *Introducción a la pedagogía*. Salamanca: Sígueme, 1967.
- Matilde, María. *Atrapada sin salida*. Buenos Aires: UNSAM, 2010.
- Matos, Francisco. *Muestra de su obra poética*. Madrid: Francisco Matos Paoli, 1991.
- Mignolo, Walter. “La colonialidad a lo largo ya lo ancho: el hemisferio occidental”. En Lander, Edgardo. (comp.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2000, pp. 55-85.
- Ministério da Educação. Grupo Permanente de Trabalho de Educação do Campo. *Referências para uma Política Nacional de Educação de Campo: caderno de Subsídios*. Brasília: s.d. 2003.
- Novaes, Regina. *Juventude e sociedade: jogos de espelhos, sentimentos, percepções e demandas por direitos e políticas públicas* [en línea]. <<http://antropologia.com.br/arti/colab/a38-rnovaes.pdf>> [16 de junio de 2016]-
- Orthof, Sylvia. *O rei preto de Ouro Preto*. São Paulo: Global, 2003.
- Palitot, Estêvão. *Na Mata do Sabiá: Contribuições sobre a presença indígena no Ceará*. Fortaleza: Secult/Museu do Ceará/IMOPEC, 2009.
- Pastorini, Alejandra. “Quem mexe os fios das políticas sociais? Avanços e limites da categoria concessão-conquista”. *Serviço Social & Sociedade*, 1997, 18, 53, pp.80-101.
- Puig, Josep. *Democracia e participação escolar: Proposta de atividades*. São Paulo: Moderna, 2005.

- Quijano, Aníbal. *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*. s.d. 2000.
- Silvqa, Sidney Reinaldo. “Direitos humanos e instrução pública segundo Condorcet”. *Educação em Revista*, 2010, 11(1), pp. 1-18.
- Trinidade, Antonio Augusto. *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*. Fortaleza: BDH/IIDH/SLADI, 2014.
- Unicef. *O Direito de Aprender: Potencializar avanços e reduzir desigualdades*. Brasília: Unicef, 2009.
- Vernant, Jean-Pierre. *Figures, idoles, masques*. Paris: Julliard, 1990, p. 318.
- Vieria, Evaldo. *Democracia e política social*. São Paulo: Cortez, 1992.
- Wolff, Tobias. *La vieja escuela*. Madrid: Alfaguara, 2005.

# CONTROVÉRSIAS DE/PARA UMA EDUCAÇÃO INTEGRAL: TENDÊNCIAS INCLUSIVAS OU EXCLUSIVAS?

## CONTROVERSIES FROM / TO INTEGRAL EDUCATION: INCLUSIVE OR EXCLUSIVE TRENDS?

Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti  
Antonio Carlos da Silva  
*Universidade Católica do Salvador*

**Resumo:** A crise estrutural do capital é um fenômeno histórico da modernidade que abarca todas as formas de manifestação social. Entre suas contradições, a educação – seja formal ou não formal - tornou-se um marco referencial. Se o século XXI destaca-se com a “sociedade do conhecimento”, coadunando com os distintos estágios dos limites internos da reprodução do capital, no qual o conhecimento não é a garantia de produção de valor, mas o arrefecer da sociedade do trabalho em composição dialética negativa, reelaborar o passado para apreender as idiosincrasias do presente é uma condição *sine qua non* para o engendrar de um outro devir histórico.

Educação, para quê? Integralidade significa compreensão e formação das “expressões contraditórias” e da/para cultura de não violência e diversidade? O resgatar intencional da perspectiva crítica (teoria do valor, fetiche) é fundamental para o elaborar teórico e compreensão de que a emancipação consciente não pode ser obtida por intermédio da educação voltada à reprodução e concorrência, pois, se a educação globalizada é orientada à ciência e tecnologia, a crítica permanente aos modelos heterônimos busca atender aos ideais de humanização.

**Palavras chave:** Crise, Educação, Barbárie, Teoria Crítica, Dialética negativa.

**Abstract:** The structural crisis of capital is a historical phenomenon of modernity that encompasses all forms of social expression. Among its contradictions, education has become a reference point. If XXI century stands out with the "knowledge society", conciliated with the different stages of the internal boundaries of the reproduction of capital, in which knowledge doesn't guarantee the output value, but the weakening of the labor society, elaborate the past to learn the idiosyncrasies of the present is *sine qua non* condition for to create other historical development.

Education, for what? Integrality means understanding and formation of "contradictory expressions" and / cultivation of nonviolence and diversity? Rescue critical perspective (value theory, fetish) is fundamental to the theoretical prepare and understanding of the conscious emancipation can not be achieved through education geared to the reproduction and competition, for the global education oriented to science and technology, ongoing critique of totalitarian models (coming from outside) seeks to meet the ideals of humanization.

**Keywords:** Crisis, Education, Barbarism, Critical Theory, Negative Dialectics.

## 1. Das perspectivas futuras: Nuances da sociedade (in)formática e integral

Ahora estamos entrando en la Sociedad de la Información. Quizás dentro de unos años se hable de la sociedad del conocimiento, y dentro de muchos más se hable de la sociedad de la sabiduría

Eduardo Barrera.

Educar-se é vir-a-ser; educar é ajudar o outro no seu vir-a-ser constante. Por isso, a educação como construção de identidade é, sempre, uma construção da diferença, através da diferença.

Olga Duque e João Manuel Duque. Educar para a diferença, 2015.

Em um momento de redefinições dos rumos da sociedade, a Educação é um setor de ação multiplicadora e de interação entre as construções matizadas neste final de milênio. Os conflitos eminentes nos mais diferentes campos – especialmente o mundo do trabalho e nas definições de um panorama globalizado - têm demonstrado a premência de se buscar novas formas de superá-los, fortalecendo ainda mais a idéia de “sociedade do conhecimento”.

Neste contexto, ressalta-se a necessidade de universalização do acesso e flexibilidade para o desenvolvimento de projetos de qualidade e competência no âmbito educacional. Aliás, a sociedade exige de seus integrantes o comprometimento com os princípios de liberdade acadêmica, na defesa de direitos humanos, democracia, justiça social e tolerância, participando do processo de educação para a cidadania e a construção de uma cultura de paz.

Não obstante, a relevância do tema exige um recorrente questionamento: educação para quê? Pois, sob o atual estágio de crise estrutural do capital, um fenômeno específico da modernidade, o resgatar intencional da perspectiva crítica é necessário para abarcar “um sentido muito mais fundamental, ou seja, que uma tal discussão geral acerca do objetivo da educação tivesse preponderância frente à discussão dos diversos campos e veículos da educação”<sup>1</sup>.

Destarte, convém lembrar que a visão da educação também vem evoluindo conceitual e tecnicamente, em paralelo às linhas tecnológicas mestras da revolução em curso, mais especificamente nos campos da microeletrônica, microbiologia e energia

---

<sup>1</sup> Adorno, Theodor. *Educação e emancipação*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013, p.140.

termo nuclear Schaff<sup>2</sup>. A ambição proposta pela vertente humanística sinaliza para uma assertiva: o entendimento do processo educacional como um conjunto de relações produtivas voltadas para a formação do autor-cidadão, capaz de realizar a democracia, mas, sobretudo, de auto-determinar o seu desenvolvimento.

Em termos dialéticos, entretanto, se a educação globalizada e orientada à ciência e tecnologia não é um fator de emancipação, a crítica permanente aos modelos heterônimos criados - processo de reprodução e circulação do capital, é condição *sine qua non* para atender ideais de humanização, não sutilezas civilizatórias inseridas na experiência de representação simbólica da forma social em sua forma dinheiro (fetichismo e alienação).

Ao elencar essas premissas, pretendemos analisar algumas propostas analíticas de cientistas sociais que enveredaram neste campo em busca de, pelo menos, uma "declaração de intenções" Schaff. Afinal, que futuro nos aguarda? No campo educacional qual será o caminho a ser compartilhado e delineado a partir de uma construção de tendências para o próximo milênio? Estaremos fadados a enfrentar mais uma nova onda revolucionária em prol de uma "sociedade do conhecimento" ou de uma "sociedade digital"? Continuaremos a dar espaço às tendências que profetizam o "fim da História" em detrimento da produção social de consciência verdadeira?

Não obstante, podemos acrescentar ainda a idéia de que se promete a utopia da democracia eletrônica, do saber compartilhado, da inteligência coletiva e do incremento vertiginoso de um "progresso sem limites" e constituinte da "aldeia global". Uma interpretação a ser levada em consideração é que talvez nada seja obtido realmente além de uma nova 'classe virtual', "composta pelos magnatas das indústrias do sonho (cinema, televisão, games), do software, da eletrônica e das telecomunicações, auxiliados pelos criadores, cientistas e engenheiros que dirigem o canteiro de obras do ciberespaço, sem esquecer dos ideólogos ultraliberais ou anarquizantes e os grandes pais do virtual, que justificam o poder dos procedentes"<sup>3</sup>.

Corroborando com esse argumento, Castells, afirma que, "em um mundo de fluxos globais de riqueza, poder e imagens, a busca da identidade, coletiva ou individual, atribuída ou construída, torna-se a fonte básica de significação social. Essa

---

<sup>2</sup> Schaff, Adam. *Sociedade Informática*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

tendência não é nova, uma vez que a identidade e, em especial, a identidade religiosa, étnica tem sido a base do significado desde os primórdios da sociedade.”

A crise das ideologias tradicionais e os novos rumos a serem matizados pela sociedade (in)formática indicam a urgência de uma análise sobre os problemas, as implicações e as hipóteses sugeridas para um futuro comunitário e mais proeminente. Os princípios de alteridade, integração e acesso à justiça e à cidadania são mais do que propostas nas letras pedagógicas; são fundamentos humanitários e necessários.

Essas rotinas, os cuidados e a negligência/abandono na educação de criança podem produzir consequências para toda a sociedade. Isto porque, se entendermos o Estado como o conjunto de instituições disponíveis e impositivas 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 capital<sup>4</sup>.

Entretanto, é preciso estar atento às possíveis armadilhas para a realização desta tese como é o caso da abordagem exclusivamente científica e de uma perspectiva ideológica unilateral.

Sem dúvida alguma, isto tornaria as intenções corretas de Adam Schaff, Jean Chesneaux<sup>5</sup> e outros autores ao procurar verificar as implicações sociais do progresso recente e da busca de apoio no *common sense*, ao invés de cair nas amarras ideológicas em conformidade com a barbárie.

A tese em pauta é a de que debarbarizar tornou-se a questão mais urgente da educação hoje em dia. O problema que se impõe nesta medida é saber se por meio da educação pode-se transformar algo de decisivo em relação à barbárie. Entendo por barbárie algo muito simples, ou seja, que, estando na civilização do mais alto desenvolvimento tecnológico, as pessoas se encontrem atrasadas de um modo peculiarmente disforme em relação a sua própria civilização, Adorno.

---

<sup>3</sup> Kroker, A. y Wiestein, M. *Data Trash: The theory of the virtual class*. Montreal: New World Perspectives, 1994, p.24.

<sup>4</sup> Cavalcanti, Vanessa Ribeiro Simon y Silva, Antonio Carlos da. “Para e pelos Direitos Humanos: Perspectivas e debates sobre violência, educação e agendas”. En Gomes Celma, Borges (coords.). *Violência nas escolas: em busca de uma cultura de não violência*. Curitiba: CRV, 2015, pp. 115.

<sup>5</sup> Chesneaux, Jean. *Nova Laputa: O Impacto das Novas Tecnologias*. Modernidade-Mundo. Petrópolis: Vozes, 2005, p.107-127.

Tomando essas assertivas, uma proposta mais pontual do Estado Brasileiro acaba por traduzir isso na agenda, nas políticas específicas da educação, porém o trabalho e os impactos, avaliações e engrenagem de políticas públicas são de longa duração.

As conformidades e as diretrizes iniciais aparecem na conceituação orientadora assumida pelo Ministério da Educação, mas as controvérsias e os processos intensos no cotidiano brasileiro também exigem outros esforços e olhares. Não é somente um esforço de ampliação de horário/tempo de permanência em ambiente da educação formal. Exige uma nova práxis, novas abordagens, novas epistemologias. O devir e o vir-a-ser para além do capital, do Estado e de conteúdos fragmentados e localizados<sup>6</sup>.

Educação integral representa a opção por um projeto educativo integrado, em sintonia com a vida, as necessidades, possibilidades e interesses dos estudantes. Um projeto em que crianças, adolescentes e jovens são vistos como cidadãos de direitos em todas as suas dimensões. Não se trata apenas de seu desenvolvimento intelectual, mas também do físico, do cuidado com sua saúde, além do oferecimento de oportunidades para que desfrute e produza arte, conheça e valorize sua história e seu patrimônio cultural, tenha uma atitude responsável diante da natureza, aprenda a respeitar os direitos humanos e os das crianças e adolescentes, seja um cidadão criativo, empreendedor e participante, consciente de suas responsabilidades e direitos, capaz de ajudar o país e a humanidade a se tornarem cada vez mais justos e solidários, a respeitar as diferenças e a promover a convivência pacífica e fraterna entre todos.

## **2. Onda revolucionária: Dois séculos de transformações ou permanências?**

Surgiram, então, como a infra-estrutura do ciberespaço, novo espaço de comunicação, de sociabilidade, de organização e de transação, mas também novo mercado da informação e do conhecimento<sup>7</sup>.

O contexto focalizado é o da acelerada e dinâmica revolução da microeletrônica e da energia termonuclear, desde objetos de uso cotidiano até a moderna técnica da guerra -, onde explicita-se a influência recíproca entre a base e a superestrutura (o que define a linha marxista, sob orientação positivista, portanto, da

---

<sup>6</sup> Maurício, L. V. Educação integral e tempo integral. Em Aberto, *Brasília*, 22, 80, 2009. Duque, Olga Fernandes & Duque, João Manuel. *Educar para a diferença*. Braga: Universidade Católica Portuguesa; 2015.

<sup>7</sup> Levy, Pierre. *As Tecnologias da Inteligência*. Rio de Janeiro: Ed.34, 2015, p.32.

reforma possível do próprio sistema por intermédio de uma melhor “democratização” dos recursos, assumida por Adam Schaff por exemplo). Uma breve inferência sobre o processo histórico vivenciado nos últimos dois séculos, assegura a divisão em dois períodos revolucionários: a) 1ª Revolução Técnico-Científica (séculos XVIII e XIX), caracterizada pela substituição da força física pela energia da máquina e b) 2ª Revolução Técnico-Científica (Século XX), “que estamos assistindo agora, consiste em, que as capacidades intelectuais do homem são ampliadas e inclusive substituídas por autômatos, que eliminam com êxito crescente o trabalho humano na produção e nos serviços”<sup>8</sup>.

Apesar de seqüenciais, estas duas etapas apresentam um distanciamento contundente, pois a primeira revolução foi conduzida por avanços quantitativos e um incremento no rendimento do trabalho humano. Já na etapa posterior a pretensão é a eliminação total do trabalho, ressaltando uma fase de ruptura e libertação com a rotina de “ganhar o pão de cada dia” e indicando um paradoxo: o trabalho pode ser considerado fonte de renda ou sentido da vida?<sup>9</sup>.

Contudo, outra postura pode também ser acrescentada aqui, baseada nas proposições marxistas, que associa esta segunda etapa como uma das conseqüências do desemprego estrutural, além de configurar-se como necessidade de reestruturação na divisão da renda (atingindo a propriedade e a herança de bens) e o esvaziamento da função social do trabalho, dando sentido à vida dos próprios sujeitos históricos. Sem olvidar, no entanto, que a crítica é ao trabalho “como o dispêndio autorreferencial de simples força de trabalho sem relação com o conteúdo; e não como atividade produtiva enquanto tal”<sup>10</sup>.

As nuances delineadas pela revolução - baseada no tripé microeletrônica, microbiologia e energia nuclear apontam para um domínio da natureza e do próprio eu. Contudo, também está associado a este processo o elemento contraditório, exemplificado no campo da microbiologia: os avanços podem curar doenças, combater a fome e a desnutrição, mas podem sugerir perigos até então ficcionais como é o caso da

---

<sup>8</sup> Schaff, Adam. *Sociedade...*, p.22.

<sup>9</sup> Chesneaux, Jean. *Nova Laputa...*

<sup>10</sup> Jappe, Anselm. *Crédito à morte*. A decomposição do capitalismo e suas críticas. São Paulo: Hedra, 2013, p. 88.

"ingerência na personalidade humana, produção artificial de seres humanos com diversas características 'encomendadas' com antecedência"<sup>11</sup>.

Ademais, as novas tecnologias representam um importante progresso para inserção heterônima de uma utopia negativa, pois "ya que permiten que nuevos actores participen en el proceso de creación cultural. No queremos que el desarrollo cultural esté en manos de los grandes grupos multimedia"<sup>12</sup>. Todavia, a adaptação na esfera privada de elementos-chave do espaço público, ênfase na educação, é uma maneira de manter o processo de valorização do valor (entendido como o sujeito automático da sociedade) e garantir, mesmo que sem substância, a alocação do capital excedente (leia-se, circulação/movimentação).

Sua integralidade, por conseguinte, deve ser pensada na esfera formal e não formal, valorizando o pensar, o ser, o conviver e o aprender no sentido mais amplo destas dimensões, consolidando o tripé "justiça, autonomia e bem comum" e uma característica crucial para a análise da escola e da educação como pautado em caráter complexo, "político e multidiscursivo"<sup>13</sup>.

O problema consiste, no fundo, no fato de que, através do aumento da produtividade e da racionalização, se produz por produto e por utilização de capital um "valor" cada vez menor, pois o "valor" é um conceito relativo, medido no respectivo nível de produtividade (historicamente sempre aumentando) do respectivo sistema referencial capitalista<sup>14</sup>.

Reiteramos, aqui, o questionamento adorniano sobre "educação para quê?". Isto posto, a negativa de incapacidade da educação frente à barbárie está caracterizada pelo impulso e dinâmica da concorrência, pois há uma contradição inerente ao processo de concorrência que merece atenção: a lógica empresarial. Se o capital é um processo, precisa estar em constante movimento, e o Estado e suas instituições servem, nos chamados "oásis de rentabilidade" (países em que a produção capitalista ainda sustenta um horizonte de crescimento econômico), para regulamentar a expansão monetária

---

<sup>11</sup> Schaff, Adam. *Sociedade...*, p.23.

<sup>12</sup> Lamikiz, Alex. *Entrevista para Infosociedad* [em linha]

<[http://www.es.ibm.com/infosociedad/mundo\\_internet/index.htm](http://www.es.ibm.com/infosociedad/mundo_internet/index.htm)> [22 agosto 2015].

<sup>13</sup> Estêvão, Carlos Alberto Vilar. "Educação para direitos humanos: uma proposta crítica". *Jornal A Tarde*, s.d. 2015. Estêvão, Carlos Alberto Vilar. *Justiça e educação*. São Paulo: Cortez, 2001.

<sup>14</sup> Kurz, Robert. *A Economia Política da Educação*. [em linha]. s.d. <<http://obeco.no.sapo.pt/rkurz384.htm>> [7 de fevereiro 2016].

abstrata e codificar juridicamente áreas de dominação historicamente entendidas como “não rentáveis”).

A concorrência obriga à contínua inovação no uso dos conhecimentos científicos e das criações culturais; por outro lado, estes domínios constituem apenas "custos mortos", do ponto de vista da economia empresarial. Eles constituem um fundo de cujo conteúdo uma pessoa gostaria de servir-se no interesse da valorização do capital, mas pelo qual gostaria de pagar o mínimo possível. Na crise, quando até os lucros se evaporam, os rendimentos e a cobrança de impostos diminuem em paralelo e agrava-se esta contradição. Do jardim de infância ao instituto de pesquisa teórica, todo o sistema de educação, cultura, formação e ciência se arruina, exactamente como todos os outros domínios não directamente lucrativos. E quando as consequências do colapso se fazem sentir, retroagindo sobre a valorização, fica todo o mundo em ressaca e a exigir "mais esforço da educação"<sup>15</sup>.

### 3. Entusiasmo inclusivo ou Continuidade da exclusão?

O modo de produção capitalista está cheio de autocontradições internas. O campo da educação e formação também não é excepção. O conhecimento em si não produz valor, mas constitui uma necessidade objectiva do capital, sob o ditame do desenvolvimento das forças produtivas. Uma vez que nesta sociedade quaisquer gastos têm de ser apresentados na forma do dinheiro, os encargos do sistema de ensino constituem "custos mortos" em sentido capitalista, isto é, uma dedução à mais-valia social<sup>16</sup>.

Deve a humanidade abandonar o avanço do conhecimento pelo simples fato de acarretar perigos sociais e riscos de abuso? Quais serão os aspectos fundadores da sociedade num tempo futuro? A participação e a inclusão de todos os seus membros ou a manutenção de uma ideologia excludente e fragmentada? Em última instância, como devemos preparar a sociedade para um futuro incerto? Barbárie ou emancipação?

Alguns analistas tendem ao otimismo, inferindo que estamos enfrentando, na verdade, um processo de transição e de redefinições em prol de uma "nova distribuição de rendas", conduzidos através de pactos de cooperação internacional e da participação

---

<sup>15</sup> Kurz, Robert. *O efeito colateral da educação fantasma*. [em linha]. <[ftp://ftp.ige.unicamp.br/pub/aulas\\_prof\\_a\\_leda/Kurz,%20Robert.%20O%20efeito%20colateral%20da%20educa%E7%E3o.pdf](ftp://ftp.ige.unicamp.br/pub/aulas_prof_a_leda/Kurz,%20Robert.%20O%20efeito%20colateral%20da%20educa%E7%E3o.pdf)> [11 abril 2004].

<sup>16</sup> Kurz, Robert. *A Economia Política...*

efetiva de todos os setores sociais. Destarte, "a nova revolução industrial traz consigo uma situação potencialmente revolucionária, que só pode ser evitada se se conseguir extrair em tempo as necessárias conclusões de suas implicações sociais ... e nos conduzir a novos modos de formação econômica da sociedade"<sup>17</sup>.

De todas as premissas, uma vertente é aceita com unanimidade: a preêmiência da educação permanente (*lifelong learning* ou *continuous education*), não só como uma possibilidade de compensar os efeitos do desemprego estrutural, como também em virtude de uma sociedade mais democrática e justa. Apesar desta perspectiva, não se pode deixar de enveredar pelas nuances controversas, tais como a sugerida por Schaff<sup>18</sup> ao mencionar que nosso rumo ao século XXI pode ser caracterizado pelo igualitarismo ou pelo totalitarismo social, abrindo novas frentes de desigualdades e inflexibilidade nas condições desta sociedade (in)formática.

Deste modo, ocorreria justamente uma "negação total da democracia". Ou, novamente em sentido dialético, que o desenvolvimento técnico-mercadológico depende de investimentos em educação, não para apreender uma consciência emancipatória, mas à produção e distribuição do conhecimento dedicado à concorrência empresarial. Uma contradição que, ao engendrar uma necessidade exponencial em educação (lógica econômica), por outro lado aumenta os custos dedicados à inovação tecnológica resultante.

Esta contradição tem vindo a intensificar-se historicamente. O mesmo desenvolvimento das forças produtivas que obriga à expansão do conhecimento e da educação tem reduzido, por outro lado, o sector (especialmente da base industrial) que produz mais-valia real, uma vez que a força de trabalho se tem tornado supérflua numa escala cada vez maior. Enquanto a famosa classe operária "produtiva" diminuiu relativamente e hoje constitui uma minoria na sociedade, cresceram em contrapartida as novas classes médias em grande parte "improdutivas" do sector da educação e do conhecimento. Do ponto de vista capitalista, este desenvolvimento só pôde ser representado num crescente financiamento a crédito dos respectivos "custos mortos", um aspecto pouco discutido da crise financeira geral<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Schaff, Adam. *Sociedade...*, pp. 32-40.

<sup>18</sup> Schaff, Adam. *Sociedade...*

<sup>19</sup> Kurz, Robert. *A Economia Política...*

Portanto, a crise periódica no sistema educacional é uma constatação de que “é sempre impossível isolar completamente o elemento universal das circunstâncias concretas em que esse problema aparece”<sup>20</sup>. Não obstante, seguindo a perspectiva crítica de reelaboração do passado para construção de outro devir histórico, é proeminente destacar que com o esgotamento do mecanismo de compensação do mercado de trabalho, como consequência da revolução da microeletrônica final dos anos 1980, início dos anos 1990, em que a racionalização eliminadora de trabalho supera a expansão dos mercados, não apenas os Estados dos países localizados nas regiões excluídas do processo de desenvolvimento capitalista, mas em todos os países em que a massificação das qualificações deriva em desvalorização desta mesma força de trabalho qualificada, há não um déficit democrático, mas a confirmação de uma contradição estrutural do sistema de reprodução social do capital.

Esta contradição tem vindo a intensificar-se historicamente. O mesmo desenvolvimento das forças produtivas que obriga à expansão do conhecimento e da educação tem reduzido, por outro lado, o sector (especialmente da base industrial) que produz mais-valia real, uma vez que a força de trabalho se tem tornado supérflua numa escala cada vez maior (...) Com a pressão dos custos sobre o sistema de ensino, "improdutivo" do ponto de vista capitalista, desenvolveu-se uma progressiva precariedade também dos estratos sociais com formação académica. A antiga classe média com formação superior está condenada ao declínio. Acresce a isso a discrepância entre a qualificação e as exigências da conjuntura económica. Como o contexto social não está sujeito a um planeamento conjunto, mas sim a uma dinâmica cega, algumas qualificações tornam-se subitamente supérfluas ou com excesso de oferta, enquanto outras faltam. A formação só se faz a longo prazo, enquanto os perfis procurados mudam constantemente, de acordo com a concorrência global (...) Estamos confrontados com o mesmo problema em todo o mundo<sup>21</sup>.

Corroboramos, deste modo, com a negativa adorniana sobre o carácter não necessariamente emancipatório da educação no sistema de mercado: educação para quê?

---

<sup>20</sup> Arendt, Hannah. *Entre o passado e o futuro. Oito exercícios sobre o pensamento político*. Lisboa: Relógio D'Água, 2006, p.185.

<sup>21</sup> Kurz, Robert. *A Economia Política...*

#### 4. Laputa ou Aldeia Global: Matizes da pós-modernidade

Gulliver volta para sua casa e, alguns meses mais tarde, decide voltar a viajar, para grande irritação da sua família. Em alto mar, seu navio é capturado por piratas. Gulliver consegue escapar até uma terra desconhecida. Mal ele desembarca, é preso pelos cidadãos do país, que se chama Balnibari. Sem saber o que fazer com ele, decidem enviá-lo para a sede do governo, que fica numa estranha ilha voadora, chamada Laputa. Os laputanos governam seu mundo através da matemática e da ciência, mas não conseguem aplicá-las ao bem estar das pessoas<sup>22</sup>.

Outra perspectiva interessante - e que confirma este acirrado debate iniciado sobre os impactos sociais da tecnologia e os novos contornos que o ciberespaço pode investir - pode ser elencado a partir da leitura de Jean Chesneaux ao trazer uma abordagem crítica acerca da “pós-modernidade”. Neste sentido, tece uma análise sobre a modernidade-mundo, parafraseando inclusive uma das passagens da terceira aventura de Gulliver: a Laputa, fábula de Swift que identifica a existência de uma sociedade fundada e representada nas práticas cotidianas pelo formalismo geométrico.

Esta alusão à Laputa serve como pressuposto para uma interpretação da sociedade contemporânea, onde as Novas Tecnologias servem para “reger e administrar toda a Terra”. A fábula é o ponto de partida, mas o eixo trabalhado neste texto refere-se, fundamentalmente, às novas tecnologias. Afinal, foram elevadas ao status de conceito-fetiche, transformando-se em emblema salvador da modernidade em crise, seu sinal de unificação.

Para compreender esta perspectiva, Chesneaux<sup>23</sup> elenca os “lugares da modernidade”, considerados resultados da interconexão produzidas pelas novas tecnologias e caracterizadas pelos aspectos técnicos (cooperação e desenvolvimento de alguns campos científicos); ideológicos e políticos (criação de uma memória e hierarquização global, além de efetiva participação do Estado e do Mercado). Traz à lume, ainda, uma vertente polêmica: a necessidade de observar por outra ótica, pois “do alto do céu, a miséria do mundo está distante”.

Destarte, esta tendência ressalta um tom otimista/evolucionista exacerbado, expressando-se dentro da própria perspectiva de modernização/modernidade, além de

---

<sup>22</sup> Swift, Jonathan. *Viagens de Gulliver*. São Paulo: Penguin Companhia, 2010.

<sup>23</sup> Chesneaux, Jean. *Nova Laputa...*p. 108.

fomentar o processo de mundialização, tais como a linguagem, a rede, o mercado e as normas mundiais. No entanto, os contrastes e a questão moral devem ser expostas por conterem elementos que ampliam “ao infinito nossas capacidades de produzir e de reproduzir, de gerar a paz e fazer guerra, de divertir-se ou de pensar. Elas lisonjeiam nosso imaginário, porém não difundem uma secreta angústia?”<sup>24</sup>.

Aliás, a defesa de novas tendências e do incremento/uso de novas tecnologias são patrocinadas pelo próprio Estado, aumentando imensamente seu poder e autoridade política e reforçando as concepções inerentes ao discurso neo-libertário. Ademais, também são instrumentos essenciais para a sustentação das hierarquias sociais estabelecidas, ganhando nuances de domínio reservado, quase uma regalia da modernidade, ilustrando assim os riscos da regressão política.

É justamente nesta êxtase diante das novas tecnologias que se origina a “revolução da informática”. Eleva-se a informática ao patamar de onipresente e onicompetente, movendo-se constantemente entre os setores econômico e social, a língua e o intelecto, o nós e o eu; e seus alicerces são 1) a programação – tipificação do real; e 2) a memória – domínio instantâneo da produção social.

Apesar de viabilizar uma série de projetos e agilizar todo o processo desencadeado a partir da II Guerra Mundial, o computador produziu parte do que se conhece por globalidade planetária, rompendo as fronteiras e a distância, além de propiciar a simultaneidade às interconexões. Entrementes, foi também responsável pela abertura de novos campos de atividades e lucros, de um domínio da criação cultural nunca visto, dentre tantos outros aspectos.

Quem poderia, melhor que o computador, assegurar a memória global de todas as variações do corpo social, e notadamente sustentar o terciário nas suas múltiplas tarefas?”(...) Não são as técnicas que conduzem o mundo. Elas não são revolucionárias, a não ser que a sociedade esteja disposta a acolhê-la”<sup>25</sup>.

A partir desta assertiva é possível ainda detectar, na abordagem de Chesneaux, a noção de que – informática e computador – são agentes ativos da criação de modelos, da representação e do posicionamento da sociedade no seu conjunto e em suas engrenagens, dos quais asseguram a minuciosa gestão. Assinalado o seu caráter

---

<sup>24</sup> *Ibidem.* p. 110.

<sup>25</sup> Chesneaux, Jean. *Nova Laputa...* p. 116.

modernizador e de manipulação das atividades sociais, a ação da informática acaba por delinear novas hierarquias e novas fissuras, agravando os efeitos de segregação e polarização já existentes na sociedade contemporânea. Estamos vivenciando uma mutação antropológica ou uma confirmação da barbárie?

Retomando a teoria crítica (valor e alienação), na modernidade há uma exacerbada valorização do coletivo em detrimento da individualização do ser (alteridade público/privado), no qual a esfera privada interfere diretamente do espaço político limitando o exercício da liberdade – “a *raison d`être* da política, primaciamente experimentada na ação<sup>26</sup>.

No Tempo presente, a educação – e em sua esfera mais formal, a escola – transformam-se em elemento condicionante de consciência e autonomia, mas concomitantemente em espaço de tensões. São justamente os sujeitos que integram esse universo social que dizem “porque devem frequentar” ou que entre obrigatoriedade-tempo integral, mais vale os princípios de educação para toda a vida ou educação para liberdade.

Aprender o mundo e as expressões de Humanidade são considerados como alicerce e pontos de partida. Nas contradições desse processo, aprendizes-sujeitos são mais ass do que gaiolas, parafraseando Rubem Alves. Isto significa que, institucionalmente, a matriz tradicional da escola (que assentava na uniformidade, na homogeneidade, na unicidade) se alterou também, dessacralizando-se e matizando espaços múltiplos, mais plurais, acolhedores de outras lógicas, *modus operandi* e finalidades, de “outras racionalidades (cívicas, mas domésticas, empresariais, mercantilizadas, globais...), transformando-se verdadeiramente num mundo onde coexistem vários “mundos”, ou seja, várias visões do mundo, da educação e da escola”, Estevo<sup>27</sup>.

Deste modo, a estabilidade torna-se uma referência do poder em detrimento da liberdade (*ex parte principis* em detrimento do *ex parte populis*). O que Marx denominava como o “adestramento espiritual e o aprendizado de parâmetros

---

<sup>26</sup> Arendt, Hannah. *Entre o passado...*, p. 163.

<sup>27</sup> Estêvão, Carlos Alberto Vilar. “Educação para direitos humanos: uma proposta crítica”. *Jornal A Tarde*, s.d. 2015.

comportamentais com a finalidade de ajustar a práxis inteira da vida ao “trabalho abstrato” e a concorrência universal”<sup>28</sup>.

Na mesma medida em que o paradigma da "modernização recuperadora" entrou em colapso desde os anos 1980 com o processo da globalização e com a crise mundial provocada pela terceira revolução industrial, a ofensiva educacional das nações (*de países excluídos e dos “oásis” de rentabilidade*, grifo dos autores) chegou a seus limites. Consta-se que um sistema educacional moderno, com escolas, universidades, institutos de pesquisa e instituições culturais, só pode ser financiado se a economia nacional correspondente é capaz de concorrer no mercado mundial (...). Desse modo, surge um problema de financiamento crônico das infra-estruturas, que crescem de maneira objetivamente necessária. Em outras palavras: o grau de socialização produzido pelo próprio capitalismo não é mais representável em termos capitalistas<sup>29</sup>.

## 5. Considerações Finais

No século 18, foram as grandes parábolas de Daniel Defoe e Jonathan Swift que vieram a ser paradigmas literários do mundo alvorecente da modernidade capitalista. O "Robinson" de Defoe tornou-se o protótipo do homem branco burguês, diligente, otimista e racional, que, como administrador de sua alma e de sua existência na ilha "selvagem" do mundo terreno, cria do nada um lugar confortável e, além disso, passa a purificar os homens de cor "subdesenvolvidos" por meio do "trabalho", dotando-os de modos de comportamento magnificamente civilizados. Em contrapartida, o "Gulliver" de Swift erra por mundos fabulosos, bizarros e assustadores, nos quais a modernização capitalista se reflete como sátira mordaz e paródia às "virtudes do homem burguês" de Defoe. Poderíamos entender o "Gulliver" de Swift como a primeira utopia negativa da modernidade, repleta de pressentimentos<sup>30</sup>.

Abordagens teóricas e tentativas de analisar e explicar os caminhos definidores do próximo milênio são muitos: do otimismo ao pessimismo extremado, podemos transitar pelas mais variadas vertentes explicativas do que se configurou "pós-modernidade". No entanto, é preciso ressaltar a urgência em traçar projetos comunitários e que privilegiem a noção de cidadania, não simplesmente a de cidadania

---

<sup>28</sup> Kurz, Robert. *A Economia Política...*

<sup>29</sup> *Ibidem*

<sup>30</sup> Kurz, Robert. *A Economia Política...*

cosmopolita, mas sim uma mesclagem do cidadão com raízes locais, participante ativo e constituidor da própria democracia e justiça sociais, sem, no entanto deixar de compreender-se como um integrante da comunidade global. Talvez por este motivo, seja veemente o interesse em "analisar a maneira como cada cultura, e cada comunidade, recebe e modifica as mensagens veiculadas pelas redes mundiais de comunicação"<sup>31</sup>.

Enveredamos por uma constituição de uma sociedade da informação e tudo o que estiver relacionado com esta perspectiva deverá gerar conhecimento e reflexão. Ademais, a própria vontade e necessidade de refletir "probablemente haga aflorar un montón de cosas por el camino, como la ética... Esa combinación quizás haga que dentro de unos años se hable de la sociedad del conocimiento, y dentro de muchos más se hable de la sociedad de la sabiduría"<sup>32</sup>. Entretanto, ainda existem muitos termos no dicionário e na vida que poderiam orientar nosso futuro?

### Referencias Bibliográficas

- Adorno, Theodor. *Educação e emancipação*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.
- Arendt, Hannah. *Entre o passado e o futuro. Oito exercícios sobre o pensamento político*. Lisboa: Relógio D'Água, 2006.
- Barrera, Eduardo. *Foro de Teletrabajo/Telemática de la Comunidad Europea* [em linha] <[http://www.es.ibm.com/infosociedad/mundo\\_internet/index.htm](http://www.es.ibm.com/infosociedad/mundo_internet/index.htm)> [22 agosto 2015].
- Brasil. Ministério da Educação (MEC). *Educação Integral*. [em linha]. <http://educacaointegral.mec.gov.br/> Acesso em 15 de fevereiro de 2016 [s.d.].
- Castells, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz & Terra, 2007.
- Cavalcanti, Vanessa Ribeiro Simon y Silva, Antonio Carlos da. "Para e pelos Direitos Humanos: Perspectivas e debates sobre violência, educação e agendas". En: Gomes Celma, Borges (coords.). *Violência nas escolas: em busca de uma cultura de não violência*. Curitiba: CRV, 2015.
- Chesneaux, Jean. *Nova Laputa: O Impacto das Novas Tecnologias. Modernidade-Mundo*. Petrópolis: Vozes, 2005, p.107-127.

<sup>31</sup> Mattelart, Armand. "Uma Comunicação Desigual". *Correio da UNESCO*, 4, 1996, p. 12.

<sup>32</sup> Barrera, Eduardo. *Foro de Teletrabajo/Telemática de la Comunidad Europea* [em linha] <[http://www.es.ibm.com/infosociedad/mundo\\_internet/index.htm](http://www.es.ibm.com/infosociedad/mundo_internet/index.htm)> [22 agosto 2015].

- Duque, Olga Fernandes & Duque, João Manuel. *Educar para a diferença*. Braga: Universidade Católica Portuguesa; 2015.
- Estêvão, Carlos Alberto Vilar. “Educação para direitos humanos: uma proposta crítica”. *Jornal A Tarde*, s.d. 2015.
- Estêvão, Carlos Alberto Vilar. *Justiça e educação*. São Paulo: Cortez, 2001.
- . *Redescobrir a escola privada portuguesa como organização*. Na fronteira de sua complexidade organizacional. Braga: Universidade do Minho, 1998.
- Herrera, Amílcar O. As Novas Tecnologias e o Processo de Transformação Mundial. Acesso: *Revista de Educação e Informática*, s.d. FDE, 1993.
- Jappe, Anselm. *Crédito à morte*. A decomposição do capitalismo e suas críticas. São Paulo: Hedra, 2013.
- Kroker, A. y Wiestein, M. *Data Trash: The theory of the virtual class*. Montreal: New World Perspectives, 1994.
- Kurz, Robert. *A Economia Política da Educação*. [em linha]. s.d. <<http://obeco.no.sapo.pt/rkurz384.htm>> [7 de fevereiro 2016].
- . *Crise geral na educação*. [em linha]. <<http://obeco.planetaclix.pt/rkurz155.htm>> [9 enero 2014].
- . *O efeito colateral da educação fantasma*. [em linha]. <[ftp://ftp.ige.unicamp.br/pub/aulas\\_prof\\_a\\_leda/Kurz,%20Robert.%20O%20efeito%20colateral%20da%20educa%20E7%E3o.pdf](ftp://ftp.ige.unicamp.br/pub/aulas_prof_a_leda/Kurz,%20Robert.%20O%20efeito%20colateral%20da%20educa%20E7%E3o.pdf)> [11 abril 2004].
- . *Os últimos combates*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- . *Poder mundial e dinheiro mundial. Crônicas do capitalismo em declínio*. Rio de Janeiro: Consequência, 2015.
- . *Quem é o Big Brother? George Orwell e a crítica da modernidade*. [em linha]. <<http://obeco.planetaclix.pt/rkurz128.htm>> [1 junho 2016].
- Lamikiz, Alex. *Entrevista para Infosociedad* [em linha] <[http://www.es.ibm.com/infosociedad/mundo\\_internet/index.htm](http://www.es.ibm.com/infosociedad/mundo_internet/index.htm)> [22 agosto 2015].
- Levy, Pierre. *As Tecnologias da Inteligência*. Rio de Janeiro: Ed.34, 2015.
- Mattelart, Armand. “Uma Comunicação Desigual”. *Correio da UNESCO*, 4, 1996.
- Maurício, L. V. Educação integral e tempo integral. Em Aberto, *Brasília*, 22, 80, 2009.
- Mészáros, István. *A educação para além do capital*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- Schaff, Adam. *Sociedade Informática*. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- Swift, Jonathan. *Viagens de Gulliver*. São Paulo: Penguin Companhia, 2010.

# DIREITOS HUMANOS EM UMA SOCIEDADE DISCIPLINAR?

## HUMAN RIGHTS IN A DISCIPLINARY SOCIETY?

José Euclimar Xavier de Menezes<sup>1</sup>

*UNIFACS/LAUREATE/Brasil; Faculdade Social da Bahia, Brasil*

Ana Cláudia Carvalho Campina<sup>2</sup>

*Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal*

**Resumo:** Em um Estado de Direito, espera-se que a justiça resulte dos esforços da aplicação da lei e da promoção da cultura para os Direitos Humanos. Contudo, a histórica associação entre saberes como ciências jurídicas e psicologia testemunha o constrangimento deste escopo: a estratégia de vigilância e de punição da sociedade disciplinar parece esvaziar os direitos dos sujeitos. Esta reflexão deriva do debate da obra de Foucault, visitada neste trabalho para a demonstração de que o exercício do poder disciplinar se apoia nos instrumentos da sociedade do conhecimento na modelagem dos sujeitos. Usa-se como metodologia de investigação a revisão de literatura.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos, Poder, Governança, Disciplina, Sujeição.

**Abstract:** In a state under the rule of law, Justice is achieved through law enforcement and the promotion of Human Rights. However, the historic association between Psychology and Law does not support this, as the strategy of vigilance and punishment seems to undermine personal rights. This assessment is based on the work by Foucault, upon which this article is based to demonstrate that the exercise of disciplinary power by societies is actually used as an instrument to model its members. Literature review has been used as the research methodology for this article.

**Keywords:** Human Rights, Power, Governance, Discipline, Subjection.

### 1. O saber jurídico na obra de Foucault

Pinçamos três reações que se encontram no Youtube acerca do debate já clássico entre Foucault e Chomsky<sup>3</sup>. Esta digressão com que iniciamos a problematização aqui apresentada ilustra bem a resistência costumeiramente interposta ao modo reflexivo de Foucault. O enfrentamento dessa resistência é parte da estratégia aqui utilizada para tratar do *poder disciplinar* para desenvolver o debate em torno do estatuto dos direitos humanos em uma sociedade aparelhada pelos saberes, cuja ordem é efetivada pela disciplina.

---

<sup>1</sup> Mestre e doutor em Filosofia Contemporânea/UNICAMP/Brasil, Pós Doutor em Filosofia/Pontificia Università Lateranensi/Itália, docente e pesquisador do Programa de Stricto Sensu *Direito, governança e políticas públicas*/UNIFACS/LAUREATE/Brasil e da Faculdade Social da Bahia/Brasil.

<sup>2</sup> Doutora em Direitos Humanos/Universidad de Salamanca; Licenciada em Ciência Política; Especialização em Relações Internacionais pela Universidade Internacional/Lisboa; Professora Auxiliar na Universidade Portucalense Infante D. Henrique e Investigadora Integrada no Instituto Jurídico Portucalense.

<sup>3</sup> Disponível na World Wide Web:< <https://www.youtube.com/watch?v=3wfNI2LOGf8>> [1 junho 2016].

Tais *posts* contêm indicadores de significações que cobram um trabalho de interpretação: provocam o riso<sup>4</sup>, e que parece não ser um simples espasmo descontrolado de ironia ou embotamento arrogante da inteligência de seus autores. Nossa sugestão é que sejam produtos comunicativos carregados de percepções, no mais das vezes finas, portadores de críticas a serem levadas em consideração no tratamento de temas tão relevantes. Por sua personalidade, provavelmente Foucault as teria acolhido se as tivesse acessado, sobretudo se levamos em conta o fato de que ele era leitor dos Malditos do Século das Luzes<sup>5</sup>, ultra especializados no uso da ironia como ponta de lança do trabalho crítico. Em muitos desses *posts* estão depositados certos *juízos de valor* que provocam o impulso defensivo para considera-los como posicionamento vulgares. Talvez sejam mesmo material de uma Vulgata da Cibercultura, mas seu quantitativo, sua circulação, sua repercussão solicita o esforço de sua compreensão.

Eis aqui os *posts*:

1. “Jonathan Carroll: there's a lot of orange juice on that stage<sup>6</sup>”;
2. “123turntodust: I've always fuckin' loved this video. All that goddamned orange juice and the gravity of the topics juxtaposed with the crowd, who are like embodied caricatures of new left intelligentsia<sup>7</sup>”;
3. “Melih yıldırım: see: Longévité d'une imposture: Michel Foucault: Suivi de Foucaultphiles et foucaulâtres<sup>8</sup>”.

O primeiro deles indica a constatação e o desdém que seu autor atribui ao que assiste: o debate entre Foucault e Chomsky, revela um cenário no qual circula um conteúdo líquido, depositário de muito senso comum, algo sem relevância dada à banalidade do que transita no “palco”, cujo contorno é dado pela mediação, mediocrementemente conduzida; Adjetivando com um palavrão *rez de chaussure*, o autor do segundo *post* ironiza expressando seu “amor f\*...”, em tom ácido e irônico, a esse tipo de vídeo. E revela a razão: o conteúdo do diálogo é aguado, e a audiência cúmplice dos tipos caricatos da nova “inteligência de esquerda”, que reverenciam o embuste que ali se desnrola; o autor do terceiro *post* sugere a que leiamos o

<sup>4</sup> O tema do riso como instrumento de expressão política é extremamente fecundo na literatura especializada. Confira: Alberti, V., *O riso e o risível: na história do pensamento*, RJ: Zahar, 2011; Bergson, H., *O riso: ensaio sobre a significação do cômico*, RJ: Ed. Guanabara, 1987; Debord, G., *A sociedade do espetáculo* [em linha] 2003. <<http://www.cisc.org.br/portal/biblioteca/socespetaculo.pdf>> [30 abril 2012]; Macedo, JR., *Riso, Cultura e Sociedade na Idade Média*, SP: Ed. da Unesp; Poa: Ed. da UFRGS, 2000; Minois, G., *História do riso e do escárnio*, SP: Ed. da UNESP, 2003, para referir alguns autores.

<sup>5</sup> *L'enfer de la Bibliothèque: Éros au secret* [em linha]. Bulletin des bibliothèques de France (BBF), n° 2, 2008, p. 103-103. <<http://bbf.enssib.fr/consulter/bbf-2008-02-0103-001>> [1 junho 2016].

<sup>6</sup> “Há um monte de suco de laranja no palco”.

<sup>7</sup> “Eu sempre amo prá c\*... esses vídeos. Todo esse maldito suco de laranja e a gravidade dos tópicos justapostos com a galera que encarnam caricaturas da nova *intelligentsia* de esquerda”.

<sup>8</sup> “Vejam: Longevidade de uma impostura: Michel Foucault seguido de foudcófilos e de foudcóltras”.

crítico de Foucault, Jac-Marc Mandosio<sup>9</sup>, cujo livro referido, dedica-se a desconstruir e relativizar a importância que adquiriu o pensamento de Foucault na contemporaneidade. Inspirado por ele, pode-se conferir a crítica severa dirigida à Foucault, acusando a todos, inclusive à audiência e aos aderentes das *ideias rocambolascas* de cultivarem um tipo de exercício de pensar característico da servidão voluntária<sup>10</sup>, barata e preguiçosa, característica desse tipo de exercício infecundo, sem rigor e incompreensível.

O que une os três *posts*? Certa postura iconoclasta. Parecem enunciar: “Vi, ouvi, não gostei, não me rendo aos maneirismos e aos efeitos que esse jogo de cena propicia na manada”. As posições neles contidas delatam a flacidez dos conceitos arrolados, o imperativo de um relativismo quando um articulador interpela o outro de modo mais ou menos contundente (os posts parecem indicar que no vídeo finge-se um acordo entre os interlocutores a propósito da definição de natureza humana), o uso de jargões prolixos e carregados de sentidos aparentemente profundos e de conhecimento reservado aos membros de uma seita hermética, o manejo de um vocabulário de base psicanalítico muito *dejà vu* e desatualizado para a compreensão lógica do que está em debate.

O que menos interessa aqui é o problema da razoabilidade ou o da inconsequência características desse tipo de manifestação. Nosso interesse reside no fato de que todos os seus autores exigem e cobram consistência reflexiva. São exemplares das reações produzidas contra o pensamento de Foucault em inúmeros ambientes, como documentado em *Médicos e Loucos no microscópio de Foucault*<sup>11</sup>.

Não cabe e nem é necessário aqui a defesa do autor. Nosso escopo é conferir um atributo inerente ao seu pensamento: provocativo. *D'habitude*, Foucault pensa provocando seus interlocutores. É o que se confere no vídeo aqui indicado e no debate tido com Jacques Allain Miller<sup>12</sup> sobre os modos de o saber psicanalítico suportar a sociedade disciplinar, só para citar outro exemplo.

É este fio que seguimos na proposição deste trabalho que se projeta sobre as *provocações foucaultianas* para com o Direito. Sem sombras de dúvidas, a repercussão internacional dos

---

<sup>9</sup> Mandosio, JM., *Longévité d'une imposture – Michel Foucault*, suivi de *Foucaultphiles et foucaultâtres*, Paris: Éditions de l'Encyclopédie des Nuisances, 2010.

<sup>10</sup> La Boétie, E. de., *Discurso da servidão voluntária*, São Paulo, Escuta, 1987; Mangabeira, N.. *O propósito da servidão*, in *Comunicações do Iser*, ano 5, n. 18, RJ, março de 1986.

<sup>11</sup> Menezes, Jex., *Médicos e Loucos no microscópio de Foucault*, Curitiba: CRV, 2016.

<sup>12</sup> Foucault, M., *Microfísica do Poder*, RJ: Ed. Graal, 1984, p.174: “Vejo que você procura os operadores que lhe permitirão apagar o corte que se estabeleceu em Freud. Na época em que Althusser impunha o corte marxista, você já havia chegado com sua borracha. E agora, acho que seu objetivo – em uma estratégia complexa, como você diria – é Freud. Você realmente acredita que conseguirá apagar o corte entre Tertuliano e Freud?”. Visível irritação do interlocutor que reage ferozmente em defesa de Freud. Como se fosse necessário...

trabalhos do autor é um fato, sobretudo no mundo das ciências humanas e sociais aplicadas. E mais que isso, as questões às quais se dedica são, hoje mais do que nunca, emergentes à uma reflexão aguda em um mundo cada vez mais gerenciado por mecanismos de controle que ata os dois extremos do debate sobre os direitos humanos: o que pode/deve o indivíduo contra a sociedade ou contra o Estado? O que pode/deve a sociedade ou o Estado conceder/confiscar do indivíduo em nome do interesse da coletividade?

## 2. Onde habita o problema?

A aversão ao discurso de Foucault de parte de inúmeros críticos é tomada aqui como ponto de partida do movimento para pensar o sentido do saber jurídico na obra do autor. Trata-se de um mero aplicativo inadequado de seu pensamento crítico a propósito dos efeitos dos saberes modernos projetados sobre os sujeitos, mediante o qual ele escrutina o seu “objeto preferencial” (o preso, o louco, a criança, a histérica, o trabalhador)? A compreensão que Foucault tem do Direito, enquanto Ciência Moderna, tem estatura para abraçar com ele um debate eficaz, ou trata-se de um mero jogo de “bavardage”<sup>13</sup>, produtor de frases de efeitos desprovidas de qualquer densidade que mereça o exercício da hermenêutica? A presença do Direito na obra de Foucault é tão somente artificiosa, sem que um debate fecundo e produtivo entre Filosofia e Ciências Jurídicas ocorra com a consistência necessária?

Essas questões são reiteradas pela literatura especializada<sup>14</sup>, que entende a Filosofia praticada por Foucault como sendo dotada de uma concepção estática e estreita do Direito, engessada na análise dos Códigos Napoleônicos sem considerar os avanços dos dias que correm, nos quais o Direito abre muitas possibilidades para os indivíduos recorrerem juridicamente contra as ações do Estado, quando este limita os seus direitos. Seria o caso, por exemplo, da concepção de *poder disciplinar* impregnado pelo esquecimento das virtudes da *Jus Politicum*, bem como de certos anacronismos analíticos reveladores da não compreensão do Direito Contemporâneo. Em termos mais diretos: certos conceitos de Foucault, como o de *poder disciplinar* estariam eivados de impertinência e de ausência de *aggiornamento*<sup>15</sup>. Posições diametralmente opostas ao que sustenta James Miller sobre sua obra:

---

<sup>13</sup> Traduzimos livremente a palavra como trololó, conversa jogada fora, palavrório, conversa prá boi dormir, conversa de comadres, blá-blá-blá. Seu surgimento remonta o século XVIII e indica um ‘diálogo’ contínuo entre sujeitos que não se ouvem quando falam entre si, que não fazem a menor idéia do que o outro está tratando, mas que tem a presunção de enunciar com falsa densidade.

<sup>14</sup> Renaut, A., Sosoe, L., *Philosophie du droit*, Paris: PUF, 1991, p. 54-55; Zarka, Yc., *Foucault et l’histoire de la subjectivité. Le moment moderne*, Paris: *Archives de Philosophie*, 2002, vol. 65, p. 266.

<sup>15</sup> Atualidade.

No domínio da crítica social, sua obra servia de pedra de toque. Em todo um conjunto de disciplinas, os universitários eram tomados de interrogações abertas que ele havia sublinhado: questões que recobrem o conceito de poder e sobre os limites do saber, sobre a genealogia da responsabilidade moral e os fundamentos dos "governos" modernos, sobre o caráter da pesquisa histórica e a natureza da identidade pessoal<sup>16</sup>.

As reações contrárias à fecundidade do Direito na reflexão de Foucault, os efeitos que se verificam resultantes de suas provocações desqualificam sua presença no horizonte da crítica social como vetor que induz certa produção intelectual qualificada? Esses posicionamentos negam ao pensamento foucaultiano o estatuto de referência à discussão dos direitos humanos em uma sociedade disciplinar?<sup>17</sup>

### 3. Pertinência do discurso jurídico na obra de Foucault

Defendemos aqui o exato contrário. E o expressamos do seguinte modo: o conceito de *poder disciplinar* é uma espécie de ponta de lança da reflexão do autor para que analisemos a ordem social que temos e, em particular, os efeitos dela sobre os sujeitos, sobretudo naquilo que são os seus direitos elementares. E nos propomos a construir a lógica que sustenta este posicionamento dando foco ao modo como Foucault analisa o aparato punitivo, dispositivo materializado do *poder disciplinar*. Como se define, portanto, esse substantivo composto? Em *Vigiar e Punir*<sup>18</sup> Foucault maneja os eventos constitutivos de uma quebra de paradigma ao apresentar documentos de época sem quaisquer mediações. Arrasta para a abertura do texto duas longas citações que “testemunham” a sua estratégia de marcar com força a distinção dos modos punitivos na transição do século XVIII para o século XIX. Nas primeiras duas páginas, a cena transposta qual *argumento de autoridade* para o seu famoso trabalho causa no leitor um mal estar indisfarçado: em espaço público, sob o comando de um protocolo governamental, Damiens é amarrado em seus membros superiores e inferiores a quatro cavalos, depois de ter sido submetido a um meticuloso protocolo de suplícios: seus mamilos, braços e coxas são atanzados, certa porção de chumbo quente e derretido é despejada sobre a pele para fazer sofrer de modo extremo ao parricida, que deve ser punido segundo os padrões estabelecidos. Tudo providenciado de forma tão espetacular com o escopo de promover na audiência um efeito impactante e exemplar, no afã de convencer a quem assiste do terror que

<sup>16</sup> Miller, J., *La Passion Foucault*, Col. Biographies, Ed. Plon, 1995, p. 25.

<sup>17</sup> Semprun, J., *Apologie pour l'insurrection algérienne*, Paris: Encyclopédie des nuisances, 2001; Merquior, Jg., *Michel Foucault ou o nihilismo de cátedra*, RJ: Nova Fronteira, 1985; Baudrillard, J., *Oublier Foucault*, Paris: Galilée, 2001.

<sup>18</sup> Foucault, Michel. *Vigiar e Punir*. RJ: Ed Vozes, 1977, pp. 11/13.

se precipita contra quem comete atos nocivos à sociedade. Tudo isto está lá nos extratos dos documentos, quais citações, sem que Foucault coloque uma palavra sua para descrever o suplício que é evidenciado através da peça de arquivo transposta para iniciar o seu texto<sup>19</sup>.

O que se evidencia de imediato nesse fragmento de *Vigiar e Punir*? A ponta do fio argumentativo tecido por Foucault que exhibe o poder supliciante como posse do palácio, do soberano, de uma classe ou do Estado, que se impõe como força aplicada e, a um só tempo, como técnica e como rito. Em sua perspectiva técnica, o suplício é dotado de certa economia que visa produzir um *quantum* de sofrimento a ser apreciada, comparada, hierarquizada e modulada na mesma medida do crime cometido, considerado ofensa pessoal à pessoa do monarca, representante máximo do corpo social. Como rito, marca o corpo do criminoso com os sinais distintivos eficazes a partir da intensidade excessiva e inerente do poder soberano. Época houve em que tal moldura enquadrava bem o exercício do poder que, partindo de um centro atingia a periferia. A figura do soberano esmagava com sua ação supliciante os *corpos dos condenados* reiterando e renovando o poder que lhe é próprio:

O suplício judiciário deve ser compreendido também como um ritual político... faz parte, mesmo num modo menor, das cerimônias pelas quais se manifesta o poder... o suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante"... o que até então sustentara essa prática dos suplícios não era a economia do exemplo, mas a política do medo: tornar sensível a todos, sobre o corpo do criminoso, a presença encolerizada do soberano." Nesse ponto "o suplício não restabelecia a justiça; reativava o poder"<sup>20</sup>.

Operou-se no arco de três décadas um deslocamento na perspectiva do poder. De XVIII para XIX o esgotamento do exercício do poder soberano se evidencia e, em seu lugar, outro modo de controle social se organiza. Exangue em sua fúria de justiça vingativa, o poder supliciante cede lugar a dispositivos de controle multicêntricos. No novo cenário pós suplício,

---

<sup>19</sup> [Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da poria principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a Gazette d'Amsterdam]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas... Foucault, *Op.Cit.*, pg. 8.

<sup>20</sup> *Idem*, pp. 45/6.

o Estado se apoiaria fortemente em um conjunto de forças e conflitos microfísicos, e, neste sentido, seria o efeito e não a causa do rosto multiforme do poder.

Nesta nova engenharia distributiva de poder é que a sociedade moderna empreenderá a sua nova organização: ela será de natureza disciplinar com prioridade no fortalecimento dos mecanismos institucionais que sustentam essa natureza. De que modo Foucault encaminha a sua argumentação?

#### 4. O cenário da disciplina

Sob “efeito do choque” desta primeira narrativa documental, o leitor de *Vigiar e Punir* se depara com outra peça histórica, o “Regulamento da Casa dos jovens detentos de Paris”. Trata-se de um protocolo que orienta o modo de se comportar induzido por um regramento cotidiano e minucioso das atividades que deveriam constituir a agenda dos jovens transgressores aprisionados pela cidade de Paris. Sob o choque de duas realidades que compõem o seu estilo, Foucault promove no imaginário do leitor a demonstração das mudanças do *modus puniendi* que ocorre em pouquíssimo tempo: da sociedade do suplício para a sociedade da vigilância. Parece enunciar: o que nos tornamos, nós que não mais supliciamos, mas que punimos vigilante e eficientemente? Em nome do que deslocamos o eixo de nosso *modus operandi* punitivo de um cenário violento e teatral-trágico, para um cenário de regramentos e controles explícitos? A partir da Revolução Francesa, instauradora de um modelo de ordenamento social totalmente novo, criamos o ambiente no qual vicejam os Direitos Humanos?

A demora em cada um dos capítulos do texto nos adverte quanto ao ufanismo: melhor manter a cautela crítica quando escrutinamos nosso *modus faciendi* estrategicamente montado para vigiar e punir. Nosso orgulho de estarmos em um mundo “mais humanizado” não se justifica: muitos são os indicadores comprobatórios de que aviltamos os direitos elementares dos homens, seja em escala massiva, seja em intensidade calculada, e ainda, seja em estratégia de eficácia<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> A propósito de usar o recurso de dados referentes à situação da violência no Brasil atual, e em convergência com o debate aqui ensejado, eis o que nos revela o Anuário Brasileiro de Segurança Pública/2015: 1. Mortes violentas: 58.467 (28,8 para 100 mil – A Uno apresenta o seguinte quadro para 2012: África = 17; América = 15,4; Ásia = 3,1; Europa = 3,5; Oceania = 2,9; Mundo = 6,9. Quer dizer: no Brasil assassinamos quase o dobro que na África. O Brasil tem o maior número de cidades violentas no planeta; Salvador tem uma taxa de 60,63 assassinatos por cada 100 mil habitantes segundo); 2. Quase 30% são crimes intencionais; 3. Desde 1996 subiu quase 500% a taxa de adolescentes cumprindo medida penal – quase 25 mil em 2014; 4. Quase 50 mil estupros em 2014 (a falta de denúncia está em torno de 35%); 5. 400 policiais assassinados em 2014; 6. 3 mil pessoas mortas pela polícia em 2014, ou a cada 3 horas 1 pessoa é assassinada pela polícia; 7. População carcerária em 2014: 610 mil. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2015*.

O que ganha relevo na letra de Foucault é o paradigma promovido pela idade clássica no quesito da punição: os direitos se tornam ficções jurídicas e em seu lugar ganha centralidade a ideia de controle social exercido por forças traduzidas por mecanismos que domesticam os sujeitos. As questões relativas à resistência ao poder, ao seu questionamento, ao exercício de militância que insistem em colocar na pauta as garantias dos direitos, em Foucault ganha o tônus de relações de forças.

Mas isso não contradiz a própria prática de Foucault, sobretudo quando está em questão o seu engajamento como militante na defesa do direito dos indivíduos a partir do fortalecimento das leis contra a violência do Estado<sup>22</sup>?

## 5. O underground da questão

No curso de 1976<sup>23</sup>, a questão do Direito emerge sob a perspectiva de uma *Teoria da Soberania*, cujo foco não recai sobre o funcionamento concreto do Direito, mas sobre seus pressupostos teóricos estabelecidos por pensadores como Hobbes<sup>24</sup> e Rousseau<sup>25</sup> ao afirmarem que onde reina um direito razoável constituído pelo povo ou pelas vontades particulares reina, igualmente, uma unidade do poder, bem como os limites que lhe são inerentes. Esta concepção jurídica da política, própria aos séculos XVII e XVIII, está assentada na confiança plena na lei como a característica mais relevante do exercício do poder. Afinal, a sustentação do Contrato Social é o que une os dois filósofos neste eixo reflexivo, que reconhecem como atributo próprio e legítimo do Estado a garantia da vida

---

<sup>22</sup> Rocha, Lags., *A Escola Francesa e as Definições de Poder: Georges Burdeau e Michel Foucault*. Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO. Impresso), v. 10, p. 97-113, 2010; Silva, Fp., *Articulações entre poder e discurso em Michel Foucault*, In: Sargentini, V., Navarro-Barbosa, P., (orgs.), *Foucault e os domínios da linguagem: discurso, poder, subjetividade*, São Carlos: Claraluz, 2004.

<sup>23</sup> Foucault, M., *Il faut défendre la société*, Paris, Le Seuil & Gallimard, 1997.

<sup>24</sup> O estado é concebido como derivado da vontade dos indivíduos, ao tempo em que está acima deles como soberano. É graças à sua invenção que o homem supera o seu estado natural de tender a devorar o outro homem: “O fim último, a causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de mantê-los em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza”: Hobbes, T., *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, SP: Nova Cultural, Coleção Os Pensadores, 1999, p. 141; Bobbio, N., *Thomas Hobbes*, RJ: Ed. Campus, 1991.

<sup>25</sup> O papel do Estado em Rousseau é expresso na sua competência pacificadora dos homens que, em estado natural, são bons, tendendo à hostilidade quando em sociedade. Ao Estado caberá garantir os dois grandes pilares sociais: a igualdade e a liberdade. Cito: “Se quisermos saber no que consiste, precisamente, o maior de todos os bens, qual deva ser a finalidade de todos os sistemas de legislação, verificar-se-á que se resume nestes dois objetivos principais: a liberdade e a igualdade. A liberdade, porque qualquer dependência particular corresponde a outro tanto de força tomada ao corpo do Estado, e a igualdade, porque a liberdade não pode subsistir sem ela”. Rousseau, JJ., *Do Contrato Social (Princípio de Direito Político)*, SP: Nova Cultural, Coleção Os Pensadores, 1974, p.127; Althusser, L., *Sobre o Contrato Social*, Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1976.

social. Contudo, a arquitetura do Poder Soberano subsiste com a emergência do poder disciplinar?

A sua proposição de pensar o Poder Disciplinar, próprio de nossas sociedades, contrasta fortemente com o Poder Soberano sustentado na crença dos direitos sagrados ou naturais do sujeito. Naquele cenário, o indivíduo é concebido como detentor de direitos, ontologicamente antecedentes a qualquer sistema jurídico, cujos direitos será cedido a um Ente Maior, o Estado, que a ele irá sobrepor-se. Trata-se de um movimento fundador circular, que parte do sujeito natural e se dirige ao sujeito político<sup>26</sup>.

A análise do poder manejada por Foucault considera: 1. os princípios supraconstitucionais enunciados pela Declaração de 26/08/1789<sup>27</sup>, que confere contornos relevantes aos Direitos naturais e sagrados de cada homem; 2. a constituição de 1791<sup>28</sup> como referência do poder público, que também define os próprios limites; 3. o Parlamento como a instância de controle das leis e de seu aprimoramento. Na perspectiva desse tripé, o poder é relação e não um bem concentrado nas mãos de quem o detém em detrimento da cessão ou perda de outros indivíduos, dele desprovidos. O que implica a existência de um espaço aberto que permite o intercâmbio de posições, bem como deixa instável o equilíbrio das forças implicadas. A relação que se estabelece entre os indivíduos desse espaço não deriva do enfrentamento ou da opressão, mas de um esquema de governo das liberdades que possibilita a cada um dos indivíduos ser ator no jogo relativo.

Em Foucault, o *Poder Disciplinar* não é exercido exclusivamente na forma da lei. Em seu Curso no Collège de France em 1973<sup>29</sup>, o indivíduo disciplinado deriva o indivíduo jurídico. O que vale dizer que as instituições educadoras e formadoras (família, escola, caserna), responsáveis matriciais da disciplina delineiam o cenário político no qual o corpo individual realizará a sua performance, seja em sua gestualidade ao ocupar espaços nas relações sociais, seja nos deslocamentos durante sua história de vida e seja, ainda, em sua trajetória existencial. Os exercícios disciplinadores efetivados pelas instituições que modelam o sujeito, tomam-no como objeto de conhecimento e de vigilância em nome da ciência e da

---

<sup>26</sup> *Il faut défendre la société*, p. 37.

<sup>27</sup> Disponível na World Wide Web: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>> [1 junho 2016].

<sup>28</sup> Disponível na World Wide Web: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>> [1 junho 2016].

<sup>29</sup> Foucault, M., *Le Pouvoir psychiatrique. Cours au Collège de France, 1973-1974*, Paris: Le Seuil & Gallimard, coll. « Hautes études », 2006, p. 393: “[...] certa captura da atitude do sujeito, da consciência, da vontade do sujeito no próprio interior do seu corpo.” Em outras palavras “[...] diferença clínica de desempenhos entre diferentes níveis de comportamento, permite a análise clínica do indivíduo no próprio nível da sua intenção [...]”.

economia. Nessa medida, o *poder disciplinar* não somente controla um determinado território, mas, de modo privilegiado, maneja as singularidades que o povoam dissimulando os movimentos subjetivos como se fossem próprios.

Do ponto de vista concreto, a atuação do Poder Disciplinar ocorre pelas ações institucionais distribuídas em pontos estratégicos de formação do sujeito, dotadas do atributo de vigilante do seu corpo modelável. Quando necessário, tais instituições estabelecem medidas de correção, estímulo ao desenvolvimento, providências dos cuidados com a saúde e com a sexualidade, bem como com a atenção para com a produtividade.

Este poder é constante e intensamente exercido vinculado e enraizado nos saberes. Se os lugares promotores da disciplina são criados mediante a iniciativa do poder público, estes lugares (família, escola, prisão, hospital, fábrica) desenvolvem dispositivos de vigilância e de manejo da conduta dos indivíduos a eles submetidos, dispositivos estes que escapam do campo da lei. A título de exemplo, o saber que as instituições disciplinares produzem e mediante o qual a psiquiatria se serve para curar e corrigir não é o resultado de uma constituição com soberania própria, não se trata de um código que bascula entre o legítimo/ilegítimo, mas sobre o verdadeiro e o falso. Dizendo de modo mais concreto: a decisão do ‘que fazer’ cotidiano com o louco deriva de uma combinatória de decisões dos profissionais que lidam com este sujeito e não da aplicação de lei propriamente.

No movimento de viragem do uso do controles próprios da Soberania para o uso aos dispositivos disciplinares, o século XIX opera um deslocamento importante no modo sobre o qual o Poder atua na modelagem da subjetividade: da lei para a norma. Considerando que a lei visa excluir certos indivíduos para proteger a sociedade, a norma visa à inclusão do máximo de indivíduos em um mesmo campo de saber/poder. De uma parte, a lei possui distinções qualitativas, marca um antes e um doravante, enquanto que a norma, ao contrário, estabelece a possibilidade de uma gradação infinitesimal entre o anormal e o normal, sendo mais adequado o seu uso em sociedades de massa. Esta “régua” tem como resultado a homogeneização do corpo social ao medir as lacunas de cada um dos seus membros mediante anomalias não patológicas, a exemplo daquelas que emergem no fim de XIX no campo da sexualidade infantil<sup>30</sup>:

Foi valorizando a sexualidade da criança, mais exatamente a atividade masturbatória da criança, foi valorizando o corpo da criança em perigo sexual que se deu aos pais a diretriz imperativa de reduzir o grande espaço polimorfo e perigoso da gente da casa, e constituir

---

<sup>30</sup> Foucault, M., *Les Anormaux. Cours au Collège de France, 1974-1975*, Paris, Le Seuil & Gallimard, coll. « Hautes études », 1999, p. 151.

com seus filhos, com sua progeneritura, uma espécie de corpo único, ligado pela preocupação com a sexualidade infantil, pela preocupação com o auto-erotismo infantil e com a masturbação.

Deste arrazoado produzido no conjunto dos textos sobre o *poder disciplinar*, a lei se torna um fecho de dispositivos inútil ou ineficiente da soberania frente à nova forma de poder que se instala a partir de XIX? Não exatamente. Em relevo nesta análise da *sociedade disciplinar* reside a característica heterogênea desses dispositivos e o reconhecimento de que eles não são reciprocamente excludentes. A força desta análise consiste em avançar pela diferenciação distinguindo dois regimes distintos de poder que se opõe à imagem de uma força unívoca, massiva e central, grande corpo homogêneo que teria o Estado Soberano na condução e os funcionários da medicina e da prisão como membros inferiores na ponta executiva. Mas se não existe exclusão, os dois dispositivos se cruzam incessantemente, se retransmitem reciprocamente ou ainda se superpõem e até mesmo se opõem. A teoria política revolucionária e o *poder disciplinar* fizeram aparecer simultaneamente o *indivíduo*, mesmo que o poder feudal tenha passado ao largo deste<sup>31</sup>. Mas tais poderes conferem ao indivíduo dois sentidos diversos: de um lado, “o indivíduo jurídico [...] como sujeito abstrato definido pelos direitos individuais, não limitados por qualquer poder, à exceção de este limite constituir um contrato por consenso” e do outro “o indivíduo como realidade histórica, como elemento de forças produtivas, bem como elemento constituinte de forças políticas [...] considerado em um sistema de vigilância e submetido a procedimentos de normalização”<sup>32</sup>.

De fato, os dois indivíduos são um na analítica de Foucault. A seu aviso, quando os juristas do fim de XIX demandaram o dispositivo disciplinar da prisão como estratégia de seu controle, tomando para si a responsabilidade do encaminhamento da conduta dos criminosos, resultou dessa empresa a transformação destes como *sujeitos de direitos*. Essa superposição é visível quando a punição pela lei ganhará a configuração de um ajuste que cooperará, para, por exemplo, a psiquiatria se beneficiar. O estatuto do laudo psiquiátrico como peça constitutiva de um processo de punição demonstra, no curso *Os anormais*, o modo de empoderamento de ambos o saberes, psiquiatria e direito, quando se ocupam do criminoso<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Em *O poder psiquiátrico* o indivíduo somente cruza o poder feudal ocasionalmente, como quando está em questão o seu uso para o fortalecimento do poder inerente ao senhor feudal, ou ainda quando está em questão o poder familiar ou a organização da cidade (pp. 45/6).

<sup>32</sup> *Idem* p 59.

<sup>33</sup> Quais são as características desses instrumentos decisórios sobre os indivíduos, suas condutas, suas designações, suas vidas? Eis a respostas nas palavras de Foucault: “...afinal de contas, na verdade são raras, numa sociedade como a nossa, os discursos que possuem a uma só vez três propriedades. A primeira é poder

Mas eles vão se distinguir novamente nas queixas dos advogados por não terem o direito de assistir aos seus clientes quando a experiência psiquiátrica adquire caráter decisivo nos destinos do louco, exatamente porque, amparado no suposto recurso técnico-psiquiátrico depositado no Laudo, a decisão judicial se enuncia por indução ou será suplantada por este dispositivo. Disto resulta a que o juiz desloque a atribuição judicativa dos destinos do indivíduo para o especialista que elaborou o Laudo que determinará a sanção ou encaminhamento.

Esta combinatória às vezes simbiótica e por vezes conflituosa entre os dois indivíduos é ilustrada pelo artigo 64 do Código Penal Francês de 1810<sup>34</sup>, que afirma que não há crime se o indivíduo encontra-se em condição de insanidade no momento do ato. De modo reiterativo, a lei dotou a palavra do psiquiatra como o instrumento de validação para discernir a culpabilidade, mas sem decodificar essa palavra em termos jurídicos. Neste caso, a lei é tomada em sua aplicação como uma produção do dispositivo de apoio, dotando o Laudo psiquiátrico de plena autonomia na produção da verdade, cujo protocolo é estabelecido por especialistas que têm suas próprias declarações de regras de validação. O risco que se corre é o de a lei ser constantemente oprimida e dominada pelo que foi simplesmente orientações para o seu julgamento, por decisão do próprio operador do direito.

Este auto-abandono da lei está de acordo com a teoria da soberania com base nas vontades razoáveis: o indivíduo demente não é capaz de compreender a natureza anti-social de seu ato, não pode ser passível de sanção penal. Ao mesmo tempo, é a própria lei que demanda à psiquiatria designar sua própria competência.

Eis as questões que o juiz deve remeter ao psiquiatra: O indivíduo perigoso é passível de uma sanção penal? Pode ser curado ou reabilitado? Noções que, de acordo com Foucault, nem psiquiátricas nem juristas definem com precisão a partir do seu *know how* isoladamente. O aprofundamento dessas questões é feito a partir deste curioso acoplamento entre a lei e a

---

determinar, direta ou indiretamente, uma decisão de justiça que diz respeito, no fim das contas, à liberdade ou à detenção de um homem. No limite (e veremos alguns desses casos), a vida e a morte. Portanto, são discursos que têm, no limite, um poder de vida e de morte. Segunda propriedade: de onde lhes vêm esse poder? Da instituição judiciária, talvez, mas ele advem também do fato de que funcionam na instituição judiciária como discursos de verdade, discursos de verdade porque discursos com estatuto científico, ou como discursos formulados, e formulados exclusivamente por pessoas qualificadas, no interior de uma instituição científica. Discursos que podem matar, discursos de verdade e discursos - vocês são prova e testemunhas disso!! - que fazem rir. E os discursos de verdade que fazem rir e que têm o poder institucional de matar são, no fim das contas, numa sociedade como a nossa, discursos que merecem um pouco de atenção”: Foucault, M., *Os anormais: Curso no Collège de France* (1974-1975), SP: Martins Fontes, 2001, p. 9.

<sup>34</sup> Ver: <[http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_de\\_1810.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_de_1810.htm)> [1 junho 2016].

verdade. Resulta do cruzamento de dois regimes heterogêneos de discursos: o poder soberano e o poder disciplinar. O indivíduo é o ponto de cruzamento dos dois poderes.

A chave de análise do poder como uma conexão de dispositivos heterogêneos permanece pertinente. Ao invés de buscar nos elementos internos as razões de suas conexões, Foucault nos convida, diversamente, a discernir os efeitos híbridos, as composições mistas inéditas produzidas hoje no encontro “casual” entre os discursos do direito e da norma.

Nessa perspectiva, quando do seu retorno da Polônia em 1982 e a partir do debate sobre a questão da governamentalidade, Foucault aprofunda a sua analítica acerca da sociedade disciplinar pensando os Direitos Humanos em uma perspectiva bem específica: “Mas os direitos do homem é sobretudo isto que se opõe aos governos. São os limites que se põe a todos os governos possíveis”<sup>35</sup>.

Existe um elemento que por razões metodológicas de delimitação não é explorado neste trabalho, mas que deve ser considerado como pressuposto da argumentação aqui arrolada. Trata-se do fato de, desde o Século XVIII a razão de Estado<sup>36</sup> ter sido responsável pela instauração uma racionalidade econômica na ordem social. A nosso aviso, a noção é um prolongamento e um deslocamento das análises do *poder disciplinar* espelhados no que o autor havia feito em *Vigiar e Punir*. Numa quase circularidade argumentativa, a razão econômica suplantou o direito natural dado que ‘surfa’ no movimento espontâneo do ordenamento social, se dispõe a servir como fundamento de um exercício de poder eficaz que, em razão desta eficácia, adquire legitimidade. Graças a esta razão econômica, o exercício do poder disciplinar se torna regulável de acordo com um princípio interno de tipo econômico, orientando a avaliação da ação governamental, doravante, em termos de eficácia e de utilidade, invés do termo orientador do poder soberano, a legitimidade. Em outros termos, o ordenamento social passa a ser regido por um rearranjo dos dispositivos: o econômico ganha o primeiro plano e desloca os aparelhos jurídicos para um lugar do tipo *marca d’água* no jogo da ordem social. A utilidade social passa a servir de critério para a elaboração do direito administrativo e da limitação do poder público. A economia passa a ser o espírito das leis, a lei das leis, instrumento determinante da materialização dos direitos. Nessa perspectiva, não se trata de saber se o exercício do poder soberano era *a priori* legítimo, mas sim de medir em função do resultado (enriquecimento e aumento demográfico) se *a posteriori* sua ação se revela útil, e a partir desta facticidade, legítimo. Em termos mais diretos, o que a analítica do

---

<sup>35</sup> Foucault, M., *L’expérience morale et sociale des Polonais ne peut plus être effacée*, in DE II, n° 321, Paris: Galimard, 1994, p. 1168.

<sup>36</sup> Foucault, M., *M. Foucault étudie la raison d’État, Dits et écrits*, T. IV, 1980, p. 37-41; Idem, *La technologie politique des individus, Dits et écrits*, T. IV, 1988, p. 813-828.

*poder disciplinar* proposto por Foucault coloca em relevo é que o binômio sucesso-fracasso se torna o diapasão que permite a definição da legitimidade/ilegitimidade acerca das ações governamentais que atendem ou não as demandas da população.

## **6. À guisa de alocação de um ponto de seguimento, invés de uma conclusão**

Iniciamos o presente ensaio com o arrolamento de reações espontâneas de resistências ao *modus pensandi* de Foucault, disponíveis na internet. Delas extraímos a crítica à pretensa produção de conhecimento de uma dada ‘*nova intelligentsia de esquerda*’, cujo saber resulta impertinente e empertigado. Os *posts* analisados por amostragem parecem revelar um desconforto com a linguagem, com o conteúdo, com a teatralidade na composição discursiva de Foucault e daqueles que em redor dele satelizam.

Este posicionamento aparentemente próprio a uma *vulgata* se mostrou replicado em âmbito intelectual, e indicamos na introdução duas reações de resistência ao pensamento de Foucault: uma do âmbito dos saberes psi e outra do âmbito dos saberes jurídico.

Tomando a estes óbices como ponta de lança, propusemo-nos a demonstrar a pertinência do uso de Foucault dos discursos do Direito em sua obra. A delimitação de campo teórico foi estabelecida com o conceito de *poder disciplinar*. Quando do uso deste conceito, o que produz Foucault, qual a lógica interna da argumentação, e de que modo podemos pensar o debate dos direitos humanos a partir desta analítica? Resultou deste esforço, sobretudo no manejo de textos pertinentes ao debate a constatação de que o *poder disciplinar* pauta a sua agenda de ações a partir da eficácia e da utilidade. Instrumentos de controle foram elaborados pela sociedade da vigilância para que o exercício de poder estimulasse as potências máximas dos indivíduos para o vetor da produção. Isso em decorrência do fato de a razão econômica ter se tornado a razão de Estado. É a partir da eficiência e da utilidade que tudo passa a ser planejado e executado na sociedade disciplinar. A legitimidade, sob cuja guarda habita os direitos humanos, passa a ser subsumida por estes vetores do novo ordenamento social, cuja materialidade é verificável na proposição de vigilância estrutural formulada por Bentham, especificamente pelo Panóptico:

Porque, para mim, parece que a arquitetura do final do século XVIII começa a ter ligações com os problemas da população, da saúde, do planejamento urbano. Anteriormente, a arte de construir é efetivada especialmente para demonstrar o poder, a divindade, a força. O palácio e a igreja foram as principais formas, que devem ser adicionadas as fortalezas; Seu poder se manifesta na vontade do soberano, se manifesta na remissão à Deus. A arquitetura por muito tempo se desenvolveu em torno desses requisitos. Mas, no final do século XVIII, surgem

novos problemas: passa-se a usar o planejamento do espaço para fins econômicos e políticos<sup>37</sup>.

As experiências históricas de montagem do manicômio e da prisão, e por consequência todos os mecanismos inventados pelos especialistas que dos seus habitantes se ocupavam lhes oferecendo um tratamento eficaz e útil resultam esvaziadores da subjetividade desses tipos associiais, exemplares integrantes da sociedade disciplinar. O louco e o preso, em habitando esses territórios de vigilância, experimentam a dissolução de seus direitos de posse, de expressão, de uso do corpo, de enunciador de suas demandas as mais elementares. Fato é que a reflexão sobre a loucura e a prisão conduz Foucault a questionar: o que se construiu a partir do século XIX, com o que se enuncia como as ciências do homem? Ocorreu seu fortalecimento, movimento diametralmente oposto à vacuidade do *subjectum* louco e preso? Meros objetos científicos, estes entes demonstram como a humanidade feneceu nestes tipos associiais, uma vez *processados* por estas máquinas produtivas de conhecimento, as ciências psi e os saberes jurídicos.

O que é o homem louco sob internamento? O que é o criminoso cumprindo pena em privação de liberdade? Eis a questão que se repete e que se encontra em todos os níveis e em todas as disciplinas das ciências humanas<sup>38</sup>. Através da sua crítica, Foucault mostra que o homem abstrato resulta de uma invenção destas ciências incapazes que são de pensar os sujeitos em suas concretudes históricas, em seus sofrimentos institucionalmente produzidos. O que se destaca nesta crítica são as implicações de assujeitamento desses tipos, promovido tecnicamente pelas ciências do homem, cúmplices do enquadramento do sujeito a uma dinâmica disciplinar.

Nesse sentido, bem antes de provocar arrepio aversivo dos saberes à sua crítica, o que o pensamento foucaultiano promove é a possibilidade de diálogo e de abertura a uma sensibilidade para a construção de resgate das dimensões humanas perdidas nas ações científicas.

Foucault não se atém a criticar as ciências humanas. Em sua *arqueologia* propõe uma ruptura com o discurso de nossa sociedade moderna, que produz uma visão antropológica de um sujeito vazio em sua existência, ôco de vitalidade, flácido de autonomia, fluido na auto-determinação, aquoso nos seus direitos os mais elementares. Sua crítica, no nosso

---

<sup>37</sup> Foucault, M., *L'oeil du pouvoir (entretien avec J.-P. Barou et M. Perrot)*, in *Dits Ecrits* Tome III texte n°195, Paris: Belfond, 1977, pp. 9.

<sup>38</sup> Wacquant, L., *Les prisons de la misère*, Paris, Seuil, Raisons d'agir, 1999; Foucault, M., *Les mots et les choses*, Col. Tell, Paris: Gallimard, 1990.

entendimento, convoca aos saberes a efetivarem um esforço de autocrítica, no sentido de um contínuo repensar o papel cumprido na normatização dos sujeitos dos quais se ocupam. Razão? Exatamente por serem detentores de propriedades que designam a própria existência do sujeito, dos seus direitos:

A primeira é poder determinar, direta ou indiretamente, uma decisão de justiça que diz respeito, no fim das contas, à liberdade ou à detenção de um homem. No limite (e veremos alguns desses casos), à vida e à morte. Portanto, são discursos que têm, no limite, um poder de vida e de morte. Segunda propriedade: de onde lhes vem esse poder? Da instituição judiciária, talvez, mas eles o detêm também do fato de que funcionam na instituição judiciária como discursos de verdade, discursos de verdade porque discursos com estatuto científico, ou como discursos formulados, e formulados exclusivamente por pessoas qualificadas, no interior de uma instituição científica. Discursos que podem matar, discursos de verdade e discursos - vocês são prova e testemunhas disso!! - que fazem rir. E os discursos de verdade que fazem rir e que têm o poder institucional de matar são, no fim das contas, numa sociedade como a nossa, discursos que merecem um pouco de atenção<sup>39</sup>.

Em termos mais diretos, sua analítica coloca em relevo o papel subsidiário das ciências humanas como dispositivos de conhecimento para, eficazmente, normatizar os habitantes dos tempos modernos. E essa normatização é diametralmente oposta ao desafio de reiterar uma agenda que indique preocupação e ocupação com os direitos elementares, aos quais todos os homens deveriam ter livre acesso. Sobretudo em tempo nos quais os saberes produziram tantos conhecimentos a respeito do humano.

### Referências Bibliográficas

- Alberti, Verena. *O riso e o risível: na história do pensamento*, RJ: Zahar, 2011.
- Althusser, Louis. *Sobre o Contrato Social*, Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1976.
- Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2015*. [em linha] <[www.forumseguranca.org.br](http://www.forumseguranca.org.br)> [1 junho 2016].
- Bergson, Henri. *O riso: ensaio sobre a significação do cômico*, RJ: Ed. Guanabara, 1987.
- Bobbio, Norberto. *Thomas Hobbes*, RJ: Ed. Campus, 1991.
- Debord, Guy. *A sociedade do espetáculo*, 2003.
- Foucault, Michel. *L'expérience morale et sociale des Polonais ne peut plus être effacée*, in DE II, n° 321, Paris: Galimard, 1994.

---

<sup>39</sup> Foucault, M., *Les Anormaux. Cours au Collège de France, 1974-1975*, Paris, Le Seuil & Gallimard, coll. « Hautes études », 1999, p. 8.

- *La technologie politique des individus, Dits et écrits*, T. IV, 1988.
- *Les Anormaux. Cours au Collège de France, 1974-1975*, Paris, Le Seuil & Gallimard, coll. « Hautes études », 1999.
- *Les mots et les choses*, Col. Tell, Paris: Gallimard, 1990.
- *L'oeil du pouvoir (entretien avec J.-P. Barou et M. Perrot)*, in *Dits Ecrits Tome III* texte n°195, Paris: Belfond, 1977.
- *M. Foucault étudie la raison d'État, Dits et écrits*, T. IV, 1980.
- *Microfísica do Poder*, RJ: Ed. Graal, 1984.
- *Vigiar e Punir*. RJ: Ed Vozes, 1977.
- *Il faut défendre la société*, Paris, Le Seuil & Gallimard, 1997.
- *Le Pouvoir psychiatrique. Cours au Collège de France, 1973-1974*, Paris: Le Seuil & Gallimard, coll. « Hautes études », 2006.
- Hobbes, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, SP: Nova Cultural, Coleção Os Pensadores, 1999.
- La Boétie, Étienne de. *Discurso da servidão voluntária*, São Paulo, Escuta, 1987.
- L'enfer De La Bibliothèque: Éros au secret*, Bulletin des bibliothèques de France (BBF), n° 2, 2008.
- Macedo, José Rivair, Riso. *Cultura e Sociedade na Idade Média*, SP: Ed. da Unesp; POA: Ed. da UFRGS, 2000.
- Mandosio, Jean-Marc. *Longévité d'une imposture – Michel Foucault*, suivi de *Foucaultphiles et foucaulâtres*, Paris: Éditions de l'Encyclopédie des Nuisances, 2010.
- Mangabeira, Roberto. *O propósito da servidão*, in *Comunicações do Iser*, ano 5, n. 18, RJ, 03/1986.
- Menezes, José E. X. *Médicos e Loucos no microscópio de Foucault*, Curitiba: CRV, 2016.
- Merquior, José G. *Michel Foucault ou o nihilismo de cátedra*, RJ: Nova Fronteira, 1985.
- Baudrillard, Jean, *Oublier Foucault*, Paris: Galilée, 2001.
- Miller, James. *La Passion Foucault*, Col. Biographies, Ed. Plon, 1995.
- Minois, Georges. *História do riso e do escárnio*, SP: Ed. da UNESP, 2003.
- Renault, Alain, Sosoe, L. *Philosophie du droit*, Paris: PUF, 1991.
- Rocha, Lags. *A Escola Francesa e as Definições de Poder: Georges Burdeau e Michel Foucault*. Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO. Impresso), v. 10, p. 97-113, 2010
- Rousseau, Jean-Jacques. *Do Contrato Social (Princípio de Direito Político)*, SP: Nova Cultural, Coleção Os Pensadores, 1974.
- Semprun, Jaime. *Apologie pour l'insurrection algérienne*, Paris: Encyc. des nuisances, 2001.

Silva, Francisco. *Articulações entre poder e discurso em Michel Foucault*, In: Sargentini, V., Navarro-Barbosa, P., (orgs.), *Foucault e os domínios da linguagem: discurso, poder, subjetividade*, São Carlos: Claraluz, 2004.

Wacquant, Loïc. *Les prisons de la misère*, Paris, Seuil, Raisons d’agir, 1999.

Zarka, Yves. *Foucault et l’histoire de la subjectivité. Le moment moderne*, Paris: *Archives de Philosophie*, 2002, vol. 65, p. 266.

**VI. DIMENSIONES DE LA LIBERTAD:  
LOS DERECHOS DE INMIGRANTES  
Y REFUGIADOS**



**LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION  
DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS  
Y DE SUS FAMILIARES A LOS 25 AÑOS DE SU EXISTENCIA**

**THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE PROTECTION  
OF THE RIGHTS OF ALL MIGRANT WORKERS AND MEMBERS  
OF THEIR FAMILIES TO THE 25 YEARS OF ITS EXISTENCE**

Raúl Arturo Hirakawa Andia

*Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad de Salamanca, CEMUSA*

**Resumen:** El breve análisis de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, se fundamenta en los objetivos planteados para la protección de los derechos humanos de este colectivo en el Estado receptor a los 25 años de su existencia y si se han llegado a concretar esos objetivos teniendo en cuenta, que sólo han sido ratificados hasta la fecha por 47 Estados Partes de donde son origen la mayoría de los trabajadores migrantes, más no es así por parte de los Estados receptores de migrantes.

**Palabras clave:** La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Derechos Humanos, Trabajadores Migrantes, Estados Partes.

**Abstract:** The brief analysis of The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, it is based on the objectives for the protection of the human rights of this group in the receiving State to the 25 years of its existence and if is have arrived to realize those objectives bearing in has, that only have been ratified until the date by 47 States parties of where are origin it most of them workers migrant, but not so by the receiving States of migrants.

**Keywords:** The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Human Rights, Migrant Workers, States Parties.

**1. La convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares a los 25 años de su existencia**

La falta de toma de conciencia del riesgo que significa la carencia de asistencia para el desarrollo destinado a contener la migración internacional, está produciendo resultados imprevisibles e incluso funestos, muy a pesar que el DAES haya considerado que el nivel de la migración internacional es necesario para contrarrestar el decrecimiento y envejecimiento de la población en los países llamados “desarrollados” sea

aproximadamente el doble de los migrantes recibidos en la última década del siglo pasado<sup>1</sup>.

Según la última estimación de la OIT<sup>2</sup>, los trabajadores migrantes internacionales son de 150,3 millones personas, de los cuales 11,5 millones son trabajadoras y trabajadores domésticos<sup>3</sup>.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares<sup>4</sup>, tiene como antecedentes al Convenio sobre los Trabajadores Migrantes - Revisado N° 97, de 1 de julio de 1949, vigente desde el 22 de enero de 1952, y ratificado por 49 Estados partes<sup>5</sup>; y, el Convenio sobre los Trabajadores Migrantes -Disposiciones Complementarias (Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes) N° 143, de 24 de junio de 1975, vigente desde el 9 de diciembre de 1978, ratificado por 23 Estados partes.

Estos dos Convenios Internacionales son el cimiento en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos de los trabajadores migratorios, de los derechos y obligaciones en igualdad entre los nacionales y los migrantes, en el desempeño de un trabajo digno, que implican el derecho a una remuneración, el derecho a la seguridad social, el derecho a la cotización para el disfrute de la pensión de jubilación, los subsidios para su familia, a sindicalizarse y el ejercicio de las acciones judiciales que devengan del trabajo. Asimismo, se hace mención a la migración irregular con la supresión de la migración clandestina y el empleo ilegal de migrantes

---

<sup>1</sup> Se citan a 612.000 inmigrantes por año entre el 2000 y 2025 y 1.300.000 por año entre 2025 y 2050. En, Replacement Migration: *Is it a solution to declining and ageing populations*. United Nations Population Division, New York, 21 de marzo de 2000, p.21. Sobre la necesidad de la población inmigrante en los países desarrollados y la existencia de inmigrantes en el mundo, véase también a Straubhar, Thomas. "Why do we need a General Agreement on Movements of People (GAMP)?" En *Managing Migration: Ghosh, Bimal (ed.). Time for a new international regime*. Oxford University Press, 2000, p. 114.

La población migrante internacional en el mundo fue de 244 millones en el año 2015, en la que se incluye a los 20 millones de refugiados. Lo que significa un aumento del 42% en relación al año 2000, según los datos del Centro de Noticias de la ONU, de. ONU. *Centro de noticias de la ONU*. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=34205#.WEMvpLLhDIU>>. [12 enero de 2016].

<sup>2</sup> En la Conferencia de Paz celebrada en Washington. D.C. (enero a junio de 1919), durante el cese de hostilidades de la Primera Guerra Mundial, se crea la Constitución de la OIT, convirtiéndose en la parte XIII del Tratado de Versalles, adoptado en su totalidad el 28 de junio de 1919. Más tarde, entre los meses de octubre y noviembre del mismo año se celebra la Primera Conferencia Internacional de Trabajo, entre los muchos temas, se trata la situación de la migración internacional.

<sup>3</sup> Estimaciones con los datos obtenidos de los trabajadores migrantes en el año 2013. Organización Internacional del Trabajo. *Migración laboral*. [en línea]. <<http://ilo.org/global/topics/labour-migration/lang--es/index.htm>> [10 junio 2016].

<sup>4</sup> Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. [en línea]. <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>> [10 junio 2016].

<sup>5</sup> El Estado de España lo ratifica el 21 de marzo de 1967.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 45/158 de fecha 18 de diciembre de 1.990 y se encuentra vigente desde el 1 de julio del 2.003.

Desde su aprobación, hace 25 años, la Comisión de Derechos Humanos y la propia Asamblea General de la ONU han instado a todos los Estados Partes para que ratifiquen esta Convención Internacional<sup>6</sup> ante la aparición de grupos racistas y xenófobos, que no hacen otra cosa que afectar los derechos humanos de los trabajadores migrantes y de los migrantes internacionales, en general, que se encuentran residiendo en un país donde el desarrollo económico en la mayoría de los casos es más próspero que el suyo y donde buscan un bienestar económico y social para ellas/ellos y para sus familiares.

¿A quiénes protege la Convención?

La respuesta a esta pregunta la encontramos en el artículo 2º, inciso primero, que define en primer lugar al trabajador migratorio de la siguiente manera: *“1.- Se entenderá por “trabajador migratorio”, toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.”*

Seguidamente el inciso segundo del mismo artículo 2º define las variedades de trabajadores migratorios que protege, a saber: El trabajador fronterizo, el trabajador de temporada, el marino, el trabajador en una estructura marina, el trabajador itinerante, el trabajador vinculado a un proyecto, el trabajador con empleo concreto y el trabajador por cuenta propia.

En el artículo 4º de la Convención se señala que el término “familiares”:

Se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.

Por lo expuesto, el objetivo de la Convención se encuentra claramente

---

<sup>6</sup> Son 47 los Estados Partes que, a 20 de abril de 2016, han ratificado esta Convención: Albania, Argelia, Argentina, Azerbaijan, Bangladesh, Belize, Bolivia, Bosnia and Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, Colombia, Ecuador, Egypt, El Salvador, Ghana, Guatemala, Guinea, Guyana, Honduras, Indonesia, Jamaica, Kirgizstan, Lesotho, Libya, Madagascar, Mali, Mauritania, Mexico, Morocco, Mozambique, Nicaragua, Niger, Paraguay, Peru (14/09/2005), Philippines, Rwanda, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, St. Vincent and the Grenadines, Syrian Arab Republic, Tajikistan, Timor-Leste, Turkey, Uganda y Uruguay. ONU. [en línea]. <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-13&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en)>. [10 de junio de 2016].

determinado en función de a quiénes considera trabajador migratorio y sus familiares, para así, poder otorgarle la protección jurídica basado en los principios de los Derechos Humanos internacionalmente aceptado por los Estados Partes.

Esta Convención Internacional se encuentra regulada por un cuerpo jurídico que consta de 96 artículos, y dividido en nueve partes: Alcances y Definiciones, No Discriminación en el Reconocimiento de Derechos, Derechos Humanos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Otros Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares que estén documentados o se encuentren en Situación Regular, Las Disposiciones Aplicables a Categorías Particulares de Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Promoción de Condiciones Satisfactorias, Equitativas, Dignas y Lícitas en Relación con la Migración Internacional de los Trabajadores y de sus Familiares, Aplicación de la Convención, Disposiciones Generales y Disposiciones Finales.

De esta estructura, analizaremos las partes que consideramos las más trascendentes en la aplicación de los derechos de los inmigrantes en el Estado receptor y el reconocimiento de sus derechos fundamentales. Con ello, no queremos quitar importancia a las partes que someramente mencionaremos en el análisis, ya que forman parte de un ordenamiento normativo único que en el ámbito internacional se ha realizado en la defensa de este colectivo de los trabajadores inmigrantes.

Iniciamos el análisis afirmando, que la Convención utiliza el término “trabajadores migratorios” desde una perspectiva genérica del ser humano y no sólo para referirse al varón sino también a la mujer, en la que no se la excluye aunque expresamente no la mencione. En consecuencia, entiéndase por “trabajadores migrantes” a todos las y los migrantes internacionales que tienen empleo o que están desempleados (en búsqueda de empleo), en el país que residen.

## **2. Objetivos de la Convención**

La discriminación de los trabajadores migratorios se manifiesta de muchas formas, entre las que tenemos: La exclusión y preferencia por el tipo de trabajo que tienen que desempeñar y la dificultad que sufren para el acceso de la formación profesional, las leyes que rigen para los nacionales comparadas con las promulgadas para los inmigrantes, y que afectan a la estabilidad laboral, la desigualdad de salario e incluso a los trabajos que no son demandados por los nacionales, por la rudeza y la peligrosidad que implican.

La Convención tiene como objetivo esencial la protección de los derechos de los trabajadores inmigrantes y el goce de sus Derechos Humanos, independientemente de su situación jurídica. Se desarrolla dentro del marco de los principios consagrados en el Discurso de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y de las normas laborales internacionales pertinentes de la OIT<sup>7</sup>.

El principio de los derechos humanos sobre no discriminación se encuentra en la Parte Segunda de la Convención (Artículo 7º), en la que se establece que los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción a los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

La Convención dedica a los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares toda la Parte III, que va desde el artículo 8º al 35º, que establecen el derecho a la vida, el derecho de salir libremente del territorio de un Estado, así como a regresar a su país de origen y permanecer en él; el derecho a no ser sometido a tratos ni a penas crueles, inhumanas y degradantes; el derecho a no ser sometido a esclavitud y tortura ni a trabajos forzados u obligatorios; el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y la libertad de expresión, así como la prevención de la incitación a la violencia; el derecho a no ser sometido a injerencias arbitrarias en la vida privada, familiar y en las correspondencias u otras comunicaciones; el derecho a no ser privado de sus bienes ya sea persona o en sociedad con otras personas; el derecho a la libertad y a la seguridad personal, así como, cuando

---

<sup>7</sup> OIT: *Junta Directiva, Sesión 235, Ginebra, febrero-marzo 1997; Doc. GB.235/IO/1/3,2*; y el *Informe del Grupo de Trabajo, octubre 1989, 10-11*. OIT, Ginebra, 2000, p. 43. Refleja la preocupación por la protección de los trabajadores migratorios, sin importar la naturaleza de su actividad ni su estatus en el Estado receptor, incluyendo a los refugiados, estudiantes y apátridas en la no discriminación en el empleo. Esta problemática también es planteado por Faini, Riccardo.; De Melo, Jaime et al. (coords.). *Migration. The Controversies and The Evidence*. Cambridge: University Press, 1999. De Lucas, Javier. Peña, Solanes et al. (coords.). *Trabajadores Migrantes: Una aproximación jurídica a sus derechos*. Valencia: Germania, 2001.

se es privado de ella, el derecho a ser Tratado con dignidad; el derecho a la igualdad, el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su responsabilidad penal, así como el derecho a las garantías mínimas: A ser informado sin demora de la causa de su detención y la acusación formulada en su contra, a ser juzgado sin dilaciones indebidas, a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende el idioma utilizado por el tribunal, etc.; el derecho a no ser objeto de expulsión colectiva y al derecho de asistencia de las autoridades consulares; el derecho al empleo, a la igualdad de condiciones, al derecho de fundar sindicatos o formar parte de él; derecho a la seguridad social y a la atención médica; el derecho de los hijos de los trabajadores migrantes a una nacionalidad y al acceso a la educación, así como al respeto de la identidad cultural del inmigrante.

### **3. Consideraciones de la Convención respecto a los trabajadores migratorios**

La Convención, utiliza los términos de “documentado” o “situación regular” y “no documentado” o en “situación irregular”, para señalar al colectivo de trabajadores extranjeros que se encuentran en el país de destino con autorización de permanecer y sin ella respectivamente.

La terminología ha ido evolucionando con el tiempo como reflejo de las diferentes maneras de ver el fenómeno. Si bien, tradicionalmente se ha considerado a los inmigrantes en situación irregular, como una categoría residual de los inmigrantes que inciden fuera del dominio de los “inmigrantes legales”, la expresión “inmigrantes ilegales” ha sido criticada por su connotación normativa de carácter genérico y calificativo o cualificador del sujeto inmigrante; por cuanto, no existe el ser humano “legal” o “ilegal”, sino que son los actos del inmigrante que hace que su situación jurídica en el país de destino sea “legal” o “ilegal”, en función de la autorización de permanencia otorgada por el Departamento de Inmigraciones del Estado receptor.

La Convención Internacional sobre Población y Desarrollo acordó en 1994 usar la expresión “migración indocumentada”, también se decidió utilizar otras expresiones de manera general e intercambiable para aludir el fenómeno, como “migración irregular”.

Entiéndase por migración irregular al grupo de inmigrantes que no han cumplido con todos los requisitos fijados por el Estado receptor para acceder a su territorio, residir en él o ejercer una actividad remunerada dentro de él. De lo cual derivamos los términos de “inmigrantes en situación regular” e “inmigrantes en

situación irregular”.

#### **4. La Convención y las dificultades sociales y culturales de los trabajadores migrantes**

Los trabajadores migrantes establecidos en los países de residencia presentan con mucha frecuencia condiciones de vida insatisfactorias, ya sea por el alto costo que tienen que pagar por el alquiler de una vivienda, debido a la propia escasez que se presenta, más aún si se tiene en cuenta el tamaño de familias que pueden, así como los elementos que se suelen dar en contra de los extranjeros en la comunidad donde se establecen, como las actitudes xenófobas de los nacionales, las cuales se combinan para crear por ejemplo los graves problemas de alojamiento que tienen que soportar muchos inmigrantes.

A esto cabe agregar que muchos trabajadores migrantes que contribuyen a la Seguridad Social, muchas veces, ni ellos ni sus familiares gozan de los mismos beneficios que a este nivel si disfrutaban los nacionales.

En el aspecto cultural, los trabajadores migratorios y sus familias también presentan problemas en la integración con el entorno social, sobre todo en algunas comunidades donde los padres se resisten a la admisión de los hijos de los migrantes por temor a que se empeore el nivel general de la enseñanza, lo cual, en el ámbito internacional se ha convertido en un problema delicado.

Frente a estos problemas de gran trascendencia internacional, aún sin una solución satisfactoria que refleje básicamente el principio de igualdad, la Convención en el párrafo primero del artículo 25° señala: *“Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración...”*. La misma, que se complementa con lo estipulado en el artículo 27°, inciso primero:

Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable a ese Estado en los Tratados bilaterales y multilaterales aplicables...

El artículo 30° refiere a la educación de los hijos de los trabajadores migratorios, indica, que: *“Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con*

*los nacionales del Estado de que se trate...<sup>8</sup>*”. Respecto de la identidad cultural, el artículo 31º, inciso primero señala: “*Los Estados partes velarán por que se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares y no impedirán que éstos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen.*”

La Convención con este conjunto de normas de Derecho Internacional lo que busca es el respeto a los derechos humanos de los trabajadores migratorios, por un trabajo de igual trato que los nacionales, el derecho al seguro social y el derecho a la educación de los hijos de los trabajadores inmigrantes. Derechos que en la mayoría de las veces son vulnerados por el propio Estado receptor, que no forma parte de los Estados que hayan ratificado esta Convención, haciéndola ineficaz en el cumplimiento de los objetivos planteados.

## **5. La Convención y la inmigración irregular**

La Convención no ha dejado de preocuparse por la situación de los migrantes en situación irregular, presentando el problema en su Preámbulo, teniendo presente que el problema humano que plantea la migración es aún más grave en el caso de la migración irregular, y convencidos por tanto de que se debe alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles a la vez la protección de sus derechos humanos, promoviendo la igualdad en el tratamiento entre hombres y mujeres migrantes, entre migrantes documentados y no documentados; y, entre nacionales y no nacionales.

Se señala además una posible alternativa para erradicar este tipo de migración:

... la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular

---

<sup>8</sup> El acceso a la educación a todos los inmigrantes trae como consecuencia que el empleo de trabajadores migrantes en situación irregular se vuelva cada vez menos atractiva. No obstante, la aplicación de esos derechos resulta aún problemático, como lo señala Hasenau, Susan. “Setting norms in the united nations system: the draft convention on the protection of the rights of all migrant workers and their families in relation to ilo in standards on migrant workers”. *International Migration*, 1990, 28, 2, pp.133-158. El análisis de los derechos culturales también es analizado por Rodríguez Palop, Marisa. y Tornos, Andrés. *Derechos Culturales y Derechos Humanos de los inmigrantes*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2002. Zamora, José. *Ciudadanía, multiculturalidad e inmigración*, Navarra:Verbo Divino, 2003. Para Javier de Lucas, el problema de las sociedades multiculturales representado por la inmigración, es la respuesta a la asimilación forzosa o segregación. Una sociedad multiétnica, multicultural como un hecho, sí, pero con el horizonte normativo, al menos por lo que se refiere a las consecuencias normativas fuertes, es reforzar la propia cultura, no la creación de una nueva cultura, fruto del diálogo multicultural y que no atente contra a los Derechos Humanos, que garantizan las necesidades básicas, naturales y derivadas. Nair, Sami y De Lucas, Javier. *El Desplazamiento en el Mundo: Inmigración y temáticas de Identidad*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, 1998, p. 241.

será desalentada si se reconocen ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios y además de que la concesión de determinados derechos adicionales a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se hallen en situación regular alentará a todos los trabajadores migratorios a respetar y cumplir las leyes y procedimientos establecidos por los Estados interesados.

La Convención reconoce el problema de los inmigrantes en situación irregular y le da aparentemente una solución. Pero ha de saberse, que ante la pobreza económica extrema de algunos países en “desarrollo” y el comercio internacional mucho más fuerte en los países económicamente prósperos, el trabajo se hace necesario para los nacionales de países en “desarrollo”, así como la mano de obra extranjera se hace necesario en países altamente industrializados, deseosos sobre todo de mano de obra barata (con salarios por debajo del mínimo) y sin los beneficios sociales correspondientes, en los que la inmigración irregular a veces se hace difícilmente evitable.

El desafío generado por la entrada de migrantes en países altamente industrializados muchas veces escapa del plano jurídico, constituyendo un problema social muy complejo. Necesariamente, la Convención hubo de tratar este problema de los inmigrantes en situación irregular dentro de un mundo globalizado. Ésta distingue en efecto, en la Parte IV, sobre los “Otros Derechos Migratorios y sus Familiares” a los documentados o en situación regular (Artículos 36° al 56°), de los inmigrantes “indocumentados”, que, por el hecho de permanecer en situación irregular en el estado receptor se encuentran privados del ejercicio de ciertos derechos señalados en esta parte de la Convención, reconocidos a estos inmigrantes por no cumplir con los requisitos establecidos por el Estado receptor (artículos 35°, 68°, 69°) para hacer frente a la problemática generada por los trabajadores en situación irregular.

Es necesario hacer una observación de los artículos antes mencionados, sobre todo cuando se estipula que el Estado Parte tomará las “medidas apropiadas”, que en la mayoría de los casos, se refieren a las tomadas por el estado receptor para impedir el ingreso de este colectivo de migrantes. Como ejemplo de ello, tenemos la aplicación de la política migratoria del estado español, al crear barreras de contención en la Ciudad de Melilla, en donde muchos de los migrantes mueren en su intento de cruzar el límite fronterizo<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Brown, Wendy. *Estados Amurallados, soberanía en declive. Prólogo de Étienne Balibar*. Barcelona: Herder, 2015, p. 208. Desarrolla el estudio de los estados modernos por construir muros en la realidad

De esta manera, el Estado receptor con el fin de eliminar la posibilidad de que migrantes puedan quedarse dentro de su territorio imponga medidas, en el ejercicio del derecho de su soberanía, que en ocasiones implican una clara vulneración de los derechos humanos, la misma que es reconocida y sancionada por la sociedad internacional. Un ejemplo de esta vulneración es la libertad personal, que lo encontramos en las edificaciones dispuestas por el gobierno norteamericano para los inmigrantes sin visa en tránsito en este país, que, en algunos de los casos, permanecen más de 10 horas en espera de la conexión aérea que los llevará al país de destino, y en donde el departamento para alojarlos tiene en sus puertas las chapas amañadas, de tal forma, que una vez que ingresa el inmigrante, éste no puede salir del recinto porque es imposible abrir la puerta. Quedando el inmigrante de tránsito sin autorización de visado, privado de su libertad de movimiento e incomunicado mientras que la persona que lo custodia lo decide<sup>10</sup>.

Por ello es necesario que se determine, que si bien es cierto que esas medidas debe establecerlas el Estado receptor, también lo es, que se tiene que limitar a la defensa de los derechos humanos como Estado Miembro de la ONU<sup>11</sup> y no a su vulneración.

La regularización de los trabajadores migrantes “informales”, la Convención lo deja al libre albedrío de los Estados Partes interesados a través de los acuerdos bilaterales, tal como lo establece el artículo 69º, inciso segundo, que dice:

Cuando los Estados Partes interesados consideren la posibilidad de regularizar la situación de dichas personas de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables se tendrán debidamente en cuenta la circunstancia de su entrada, la duración de su estancia en los Estados de empleo y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación

---

globalizada del siglo XXI, que ante la ineficacia de la gobernabilidad imponen barreras para proteger sus límites fronterizos vulnerando los derechos humanos de inmigrantes en busca mejores situaciones de vida.

En el caso de España, podemos ver también información de la prensa, que hacen público la vulneración de los derechos humanos de los migrantes que tratan de entrar irregularmente por sus límites fronterizos, siendo golpeados y asesinados. Así tenemos: Abad, Rocío y Rodríguez, Jorge. *Cinco inmigrantes mueren tiroteados en Ceuta tras intentar saltar las valla 600 subsahariano* [en línea]. <[http://elpais.com/diario/2005/09/30/espana/1128031201\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2005/09/30/espana/1128031201_850215.html)> [30 septiembre de 2005]. Picazo, Belén. *Frontera en Melilla: Drama humanitario* [en línea]. <[http://www.eldiario.es/desalambre/valla\\_de\\_melilla/](http://www.eldiario.es/desalambre/valla_de_melilla/)> [20 noviembre de 2013]. Quino. *Al menos nueve inmigrantes mueren ahogados Ceuta al intentar cruzar la frontera* [en línea]. <<http://www.abc.es/espana/20140206/abci-inmigrantes-ceuta-201402060949.html>> [06 febrero de 2014].

<sup>10</sup> Experiencia vivida por el doctorando, en el mes de agosto del año 1993, a su retorno al Perú, procedente de Japón, con escala obligatoria por la línea aérea en la ciudad de los Ángeles de los Estados Unidos de Norteamérica.

<sup>11</sup> La ONU. “Los derechos de los trabajadores migratorios” [en línea]. *Folleto Informativo*. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/10087.pdf>> [3 junio 2005]-

familiar.

Inciso que es necesario rescatar y que debe tener en cuenta el Estado de donde es natural el migrante en situación irregular y el Estado receptor que pretenda dar una solución al problema de los extranjeros residentes en situación irregular, recortando los derechos de aquellos en manera que les perjudican directamente y que afectan indirectamente al Estado receptor, el cual, ante la eliminación de este tipo de migrantes y no existiendo acuerdos bilaterales con el Estado del que es origen el migrante en situación irregular, toma medidas que atentan contra los derechos humanos, condenadas por la Comunidad Internacional. Esto es así, en buena medida, por la situación de estos migrantes en situación irregular, similar a la esclavitud o al trabajo forzado, siendo rara la vez que intenten buscar justicia, por temor a ser descubiertos y expulsados; y, por verse limitado su derecho de apelar contra decisiones administrativas que le afecten (como es el caso de las decisiones del Departamento de Inmigraciones del Estado receptor).

En los tiempos actuales, la existencia de migrantes en situación irregular escapa del marco jurídico y seguirá existiendo en tanto no se eliminen o se ataquen las causas directas que llevaron al migrante a incurrir en esta situación jurídica, a saber: El subdesarrollo económico y el subempleo crónico que existen en la mayoría de los países de donde es originario el migrante. En este sentido, se tienen que dar soluciones directas al problema, con la adopción de medidas impulsadas por las instituciones económicas y el apoyo de los países “desarrollados”, para que promuevan el desarrollo económico y de esta manera poder reducir la grieta existente entre los países industrializados y los países en desarrollo.

## **6. Aplicación de la Convención**

La aplicación de la Convención, la desarrollan los artículos del 72° al 78°, en la que se articula un Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, cuya función es observar la aplicación de la Convención una vez entrada en vigor. Este Comité está integrado por 10 expertos imparciales, que deberán convertirse en 14 cuando hayan sido registradas 41 ratificaciones, tal como lo señala el artículo 72°<sup>12</sup>.

Una vez que los Estados Partes ratifican la Convención Internacional aceptan

---

<sup>12</sup> Los Estados Partes que ratificaron esta Convención celebraron su primera sesión el 11 de diciembre de 2003 en Nueva York, donde eligieron a los miembros que conformarían el Comité.

el compromiso de informar sobre las medidas que hayan adoptado para aplicarla en un primer momento en un plazo de un año y luego cada cinco años (Artículo 74°). Se tendrán en consideración los informes que señalen las dificultades que se han encontrado en la aplicación del Convenio, para que luego el Comité, una vez estudiados los informes, haga las observaciones del caso al Estado Parte interesado.

La Convención para este efecto establece una relación estrecha entre el Comité y los organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo, que, para esta Convención, es el organismo más importante, sobre todo para sugerir las medidas sobre el problema laboral que se suscita con los trabajadores inmigrantes.

Cuando exista un conflicto entre dos Estados Partes, en lo que atañe al cumplimiento de las obligaciones emanadas de la Convención, el Estado interesado, de acuerdo al artículo 76°, puede reconocer la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en las que un Estado Parte alega que otro Estado Parte no cumple con las obligaciones emanadas de la Convención, ello siempre y cuando estos Estados en conflicto también hayan reconocido la competencia del Comité a tal efecto, conforme con el artículo 77° .

El Organismo Internacional del Comité de Derechos Humanos recibirá las comunicaciones de personas que aleguen la vulneración de sus derechos fundamentales reconocidos por la Convención, siempre y cuando se haya agotado el recurso a los fueros civiles y/o penales por la vía interna<sup>13</sup>. Una vez recibida la denuncia, el Comité la comunicará al Estado Parte implicado, quién, en un plazo de seis meses, proporcionará al Comité una explicación por escrito, en la que se aclare el problema y exponga la medida correctiva que haya adoptado.

Al culminar el breve análisis de la Convención en estudio, dirigido al tratamiento de la migración irregular, podemos colegir que: La Convención es un Tratado único que garantiza a los trabajadores migrantes en situación regular e irregular muchos de los derechos reconocidos en los Tratados sobre Derechos Humanos y su protección, por ejemplo el derecho a la no discriminación, a no ser torturado y a no ser sometido a trabajo forzado, garantizando sus derechos a la libertad y a la vida.

La ONU en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrado en Viena en 1993, interesado por la vigencia de esta Convención, hizo un llamamiento e invitó a los Estados Partes para que la ratificaran dado que era importante crear las

---

<sup>13</sup> Esta denuncia puede hacerla directamente el afectado o a través de los Organismos no Gubernamentales, quienes se encargarán de impulsar las denuncias ante el fuero internacional.

condiciones que permitieran promover la armonía y tolerancia entre los migrantes y el resto de la sociedad del Estado receptor, en la cual confluyen problemas sociales, económicos, jurídicos y culturales, y porque

...la Convención establece unas normas que sirven de modelo para las leyes y los procedimientos judiciales y administrativos de los distintos Estados. Los Gobiernos de los Estados que ratifiquen la Convención o se adhieran a ella se comprometen a aplicar sus disposiciones adoptando las medidas necesarias; así como, garantizar que los trabajadores migratorios cuyos derechos hayan sido violados puedan presentar un recurso judicial<sup>14</sup>.

Conforme a lo establecido en el artículo 33° de la Convención. Sin embargo hasta la fecha, la mayoría de los Estados Partes que han ratificado esta Convención corresponden a los Estados de origen de los migrantes más no así de los Estados receptores.

## 7. Conclusiones

A los 25 años de la existencia de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, podemos concluir que hasta este momento no tiene la eficacia esperada en función a los objetivos de su creación, que no es otra cosa, que el respeto de los derechos humanos de los trabajadores migratorios y de sus familiares en el país de destino o residencia

La causa fundamental de esta ineficacia radica en la NO ratificación de esta Convención por parte de los Estados receptores de trabajadores migrantes, lo cual conlleva, a aquellos Estados Partes a no asumir la responsabilidad de cumplir con lo estipulado en dicha Convención, ni verse obligados ante la comunidad internacional y sus instituciones.

De lo expuesto, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares se ha convertido en un desiderátum por el respeto de los derechos humanos de este colectivo, que en tanto y en cuanto no los ratifiquen los Estados Partes receptores de migrantes, seguirá siendo una suerte que se hagan efectivos los derechos de todos los trabajador migrantes y de sus familiares en el país de residencia.

---

<sup>14</sup> Federación Iberoamericana de Ombudsman. *I Informe sobre Derechos Humanos*, Madrid: Dykinson, 2003, p. 37.

### Referencias Bibliográficas

- Abad, Rocío y Rodríguez, Jorge. Cinco inmigrantes mueren tiroteados en Ceuta tras intentar saltar la valla 600 subsahariana [en línea]. <[http://elpais.com/diario/2005/09/30/espana/1128031201\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2005/09/30/espana/1128031201_850215.html)> [30 septiembre de 2005].
- Brown, Wendy. *Estados Amurallados, soberanía en declive. Prólogo de Étienne Balibar*. Barcelona: Herder, 2015.
- De Lucas, Javier. Solanes, Ángeles et al. *Trabajadores Migrantes: Una aproximación jurídica a sus derechos*. Valencia: Germania, 2001.
- Faini, Riccardo. De Melo, Jaime et al. *Migration. The Controversies and The Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Federación Iberoamericana de Ombudsman: *I Informe sobre Derechos Humanos*, Madrid: Dykinson, 2003.
- Hasenau, Susan. "Setting norms in the united nations system: the draft convention on the protection of the rights of all migrant workwers and their families in relation to ilo in standards on migrant workers". *International Migration*, 1990, 28, 2.
- Nair, Sami y De Lucas, Javier: *El Desplazamiento en el Mundo: Inmigración y temáticas de Identidad*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, 1998.
- OIT: *Junta Directiva, Sesión 235, Ginebra, febrero-marzo 1997; Doc. GB.235/IO/1/3,2; Informe del Grupo de Trabajo, octubre 1989, 10-11*. OIT, Ginebra, 2000.
- Picazo, Belén. Frontera en Melilla: Drama humanitario [en línea]. <[http://www.eldiario.es/desalambre/valla\\_de\\_melilla/](http://www.eldiario.es/desalambre/valla_de_melilla/)> [20 noviembre de 2013].
- Replacement Migration. *Is it a solution to declining and ageing populations*. New York: United Nations Population Division, 2000.
- Rodríguez Palop, Marisa. y Tornos, Andrés. *Derechos Culturales y Derechos Humanos de los inmigrantes*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2002.
- Zamora, José A: *Ciudadanía, multiculturalidad e inmigración*. Navarra: Verbo Divino, 2003.

# DERECHOS HUMANOS Y REFUGIO DESDE UN MODELO IBEROAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>

## HUMAN RIGHTS AND REFUGE FROM AN IBERO-AMERICAN MODEL OF HUMAN RIGHTS

Fernando Rovetta Klyver  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

**Resumen:** El derecho internacional de los derechos humanos, que hace medio siglo adquirió carácter vinculante, no parece suficientemente idóneo para dar respuesta a la mayor crisis humanitaria desde la II Guerra Mundial. El presente trabajo argumenta que esto se debe al modo como fueron interpretados tales derechos desde la orientación jurídico-política angloamericana, opuesta a la iberoamericana. Si aquélla se funda en un “individualismo posesivo” que tiende a garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos de cada Estado; esta última se funda en un “personalismo comunicativo” que pretende garantizar los derechos humanos de toda persona, particularmente de la demandante de asilo, dado que se encuentra en situación de máxima vulnerabilidad por carecer del cobijo jurídico estatal.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, Refugiados, Derechos Fundamentales, Ciudadanos.

**Abstract:** The international law of human rights, which half a century ago became binding, does not seem appropriate enough to respond to the greatest humanitarian crisis since World War II. This paper argues that this is due to the way in which human rights were interpreted following the Anglo-American legal and political orientation, in particular opposition to the Ibero-American foundation. If the first one is based on a "possessive individualism" which tends to guarantee the fundamental rights of the citizens of each State; the latter is grounded on a "communicative personalism" that seeks to guarantee the human rights of every person, particularly the asylum seeker, since she is in a situation of maximum vulnerability, lacking the State's legal protection.

**Keywords:** Human Rights, Refugees, Fundamental Rights, Citizens.

### 1. Introducción

“La cólera de los imbéciles llena el mundo<sup>2</sup>” con esta contundente afirmación describía George Bernanos la emergencia del fascismo en Europa hace 80 años. Los resultados de las recientes elecciones en los EEUU y del Brexit, la euforia de gobiernos como Hungría y Turquía o candidatos de la derecha radical en Francia, Austria, Holanda y otros países europeos, devuelven actualidad al diagnóstico de Bernanos.

---

<sup>1</sup> El modelo iberoamericano de derechos humanos, cuyo origen fijamos en Francisco de Vitoria y cuyo desarrollo estudiamos hasta José Carlos Mariategui, tendría como fundamento un “personalismo comunicativo”. En este trabajo se confrontará con el “individualismo posesivo” fundamento de los modelos históricos de derechos humanos inglés, norteamericano y francés, modelos estos estudiados por Norberto Bobbio y Gregorio Peces-Barba.

<sup>2</sup> Bernanos, Georges. *Grandes cementerios bajo la luna*. Chile: Zigzag, pp. 20, 23, 32 y 38, 1939.

Nos proponemos presentar un marco teórico sobre los derechos humanos, en un intento de explicar por qué Occidente –cuyo nombre alude a la muerte del sol– comienza a apostar por regímenes que ponen en peligro la vida en la tierra. Puede sonar demasiado dramática esta descripción, pero no lo es para 60 millones de desplazados de sus hogares, demandantes de asilo y refugio. Ni para pueblos como el Saharaui desde hace 40 años, o desde más tiempo para los Palestinos y los Kurdos.

Estas jornadas que conmemoran el 50 aniversario de los Pactos internacionales de derechos civiles y políticos por una parte, y de derechos económicos, sociales y culturales por la otra<sup>3</sup>, ofrecen un espacio idóneo para evaluar su idoneidad para dar respuesta al mayor problema humanitario desde entonces: 60 millones de refugiados.

### 1.1. Los derechos humanos

Tan antiguos como la humanidad, adquieren su carta de ciudadanía tras la II Guerra mundial. Hoy en los preludios de la tercera, están siendo cuestionados en su presunta universalidad por el mayor fenómeno de refugiados que se produjera desde entonces. Una definición satisfactoria de tales derechos habrá de incluir su doble naturaleza: ética (libertad, igualdad, fraternidad) y jurídica, tanto en un plano del derecho internacional como del constitucional, al interior de cada Estado<sup>4</sup>.

Los derechos fundamentales, por su parte, son la traducción constitucional de aquellos derechos que, desde 1948, reclaman ser reconocidos como universales. Son presentados como derechos subjetivos que si bien se garantizan a los ciudadanos, por su propia naturaleza u origen, no pueden excluir a los no ciudadanos<sup>5</sup>.

Si los derechos humanos, subrayando sus valores éticos, se clasifican en tres generaciones, cuyos propios documentos liminares dan crédito de que son “interdependientes e indivisibles”<sup>6</sup>. Los derechos fundamentales, con un carácter más

---

<sup>3</sup> Congreso internacional realizado en la Universidad de Salamanca con motivo del 50 aniversario de los Pactos Internacionales de derechos humanos de 1966, en homenaje a la Profesora Esther Martínez Quinteiro, una clara defensora de estos derechos.

<sup>4</sup> “Los derechos humanos son un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas las que deben ser reconocidas positivamente por los órdenes jurídicos a niveles nacionales (constitucionales) e internacionales”. Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1984, p.48.

<sup>5</sup> “Los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos, en cuanto dotado del status de persona, de ciudadano o de persona con capacidad de obrar.” Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

<sup>6</sup> Primera Generación: derechos Civiles y políticos (de libertad: de expresión, reunión, asociación...); segunda: Económicos, Sociales y Culturales (de igualdad: educación, trabajo, vivienda, salud... y Tercera: Derechos de los Pueblos (de fraternidad: autodeterminación, desarrollo sostenible y a la paz).

técnico-jurídico, se clasifican conforme al grado de garantía con el que son reconocidos. En la constitución española de 1978, los terceros, los “devaluados”, ya no se llaman derechos sino *principios rectores de la política social y económica*<sup>7</sup>.

Nos proponemos sostener en este trabajo que si los ciudadanos –cobijados jurídicamente por cada Estado- son presentados como los sujetos titulares por antonomasia de los derechos fundamentales, los sujetos titulares por antonomasia de los derechos humanos son los refugiados, que quedan a la intemperie de la cobertura jurídica que su Estado no puede darle y que los demás Estados le retacean<sup>8</sup>.

Ferrajoli sostiene que “la ciudadanía, se ha convertido en el último privilegio personal, el último factor de discriminación y la última reliquia premoderna de las diferenciaciones por status; como tal, se opone a la aclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales.”<sup>9</sup> Por ello exige que estos derechos se expandan, que no se limiten a garantizar los derechos de los ciudadanos de cada Estado. Por nuestra parte, consideramos que la universalidad e igualdad de los derechos humanos no puede reducirse a que cada Estado los incorpore en sus textos constitucionales, lo que puede incurrir en el riesgo de que sean garantizados sólo a sus ciudadanos; sino que debe centrarse en la condición de los demandantes de asilo y de los refugiados. Estos son los sujetos titulares por antonomasia de los derechos humanos, constituyen un verdadero banco de prueba de su universalidad e igualdad<sup>10</sup>.

## 1.2. El Estatuto de los Refugiados

El Estatuto de los Refugiados data de 1951, catorce años antes que se tuvieran que dividir –por la Guerra fría- en dos pactos internacionales esos derechos cuya unidad

---

Derechos ya presentes en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (<1ª) aa.2-21; 2ª) aa.22-27 y 3ª) a.28>, aunque adquieren su carácter vinculante en sendos pactos internacionales de 1996: 1ª) PIDCP; 2ª) PIDESC y la 3ª en los tres primeros artículos comunes a sendos pactos, lo que prueba que inicialmente eran uno.

<sup>7</sup> En la constitución española de 1978, en su Título I, capítulo 2, sección 1ª se catalogan los Derechos fundamentales y libertades públicas, entre lo que se incluye un único derecho de 2ª generación: la educación, y que gozan de máxima garantía conforme institucional: reserva de ley conforme al art.53, como reaccional: el ciudadano puede demandar ante Tribunales su incumplimiento por un poder estatal. En la sección 2ª, los Derechos y deberes de los ciudadanos con una menor protección, entre los que se incluye el derecho-deber al trabajo. Y ya en el capítulo 3, están los Principios rectores de la política social y económica, que incluye el “presunto” derecho a una vivienda digna.

<sup>8</sup> Estados Unidos, Hungría o Polonia han cerrado sus fronteras a los demandantes de asilo, Dinamarca ha establecido un canon que los refugiados deben pagar por montos de dinero en efectivo superiores a 436 u\$s y “bienes tangibles de valor considerable” (BBC, 20/dic/2015), Francia multa hasta con 3000 € a quienes se muestran solidarios con los refugiados.

<sup>9</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías*. Madrid: Trotta, 1999, p.178.

<sup>10</sup> A mitad de camino entre los ciudadanos y los refugiados se encuentran los pueblos sin Estado, como los kurdos, los palestinos o los saharauis, caso este último que merece particular atención desde España.

y sinergia los hacía más fuertes, pero que se escindieron: los civiles y políticos para Occidente, los económicos, sociales y culturales para los países del Este. Los refugiados, aunque entonces se pensara sólo en las víctimas europeas de la II Guerra mundial, desde tal condición hicieron evidente la necesidad de que cada Estado pudiera y debiera ofrecer protección a personas de una nacionalidad diferente y “sin responsabilidad en los hechos generadores de dicha situación de desprotección<sup>11</sup>”.

En la actualidad, tal deber de proteger debería exigirse a los países europeos y a los Estados Unidos, porque sí tienen responsabilidad respecto a tales situaciones de desprotección. Después que la OTAN destruyera las estructuras de cuatro Estados: Irak, Afganistán, Libia y Siria, el escenario mucho se parece al estado de naturaleza hobbesiano<sup>12</sup>. Esto no es nuevo, cabe recordar cómo se deshicieron, no sólo de la administración política, para continuar expoliando los recursos económicos- de sus colonias de África, cuyo paradigma es la tragedia del pueblo Saharaui<sup>13</sup>.

## 2. Aproximación Genealógica

Pretendemos realizar una aproximación genealógica que ponga al descubierto las razones de este punto de inflexión, que puede suponer la emergencia de nuevos fascismos –esta vez dotados de armas atómicas- ante el genocidio en cámara lenta y camuflado que se está produciendo respecto a los refugiados.

---

<sup>11</sup> Sánchez Legido, Ángel. “El Estatuto de los Refugiados, cincuenta años después”. En: Ayora, Catalina y Ortega Terol, José María (coords.). *Globalización y Derecho Seminario de Estudios internacionales Luis de Molina*. Cuenca: UCLM, 2003, p.1. “El 28 de julio de 1951, los 24 Estados participantes en la Conferencia por la Asamblea General (Res.429-V), movidos fundamentalmente por el deseo de ofrecer una respuesta jurídica a los éxodos de población generados como consecuencia de la II Guerra Mundial, adoptaban por unanimidad el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. Entró en vigor el 22/abr/1954. Fue ratificado por España el 14/nov/1978, BOE 272.

<sup>12</sup> La destrucción de Afganistán se inició el 7/oct/2001 como respuesta al ataque –presuntamente talibán- al *World Trade Center*. La segunda y definitiva invasión de Irak se produjo el 20/mar/2003, contra la opinión pública mundial, por orden de G. Bush (Jr.), Tony Blair (hoy acusado penalmente) y José María Aznar. Tras la presunta “primavera árabe”, que en Libia se había iniciado el 17/feb/2011, se la bombardeó hasta demolerla el 31/oct/2011. En Siria, con un pretexto similar iniciado el 15/mar/2011, todavía se pretende lograr su demolición.

<sup>13</sup> Francisco Franco entregó a Marruecos el territorio Saharaui, el 14/nov/1975 con el Acuerdo tripartito de Madrid, haciendo caso omiso de la voluntad de la población saharai –que tenía DNI español- a constituirse como Estado independiente. El territorio fue ocupado militar y civilmente tras la “Marcha verde” el 6/nov/1975. Para evitar que el Frente Polisario recuperara el territorio ocupado, se construyó una muralla de 2000 km, la segunda más larga después de la Muralla China. Naciones Unidas en numerosas resoluciones instó a Marruecos a permitir que se realice el referéndum postergado desde hace 40 años. Su Misión en el terreno es la única en el mundo que no incluye un observatorio en derechos humanos. En aplicación del principio de Justicia Universal *Justicia Universal* (LOPJ, 6/1981) se podría presentar ante la Jueza María Servini de Cubría, en Buenos Aires, una querrela por esta víctima colectiva de los crímenes del franquismo: el pueblo Saharaui.

No basta con remontarnos 80 años, para ver en qué medida la crisis económica de 1929 -que preluvió el fascismo de Mussolini que bombardeó Abisinia en 1935, o los de Franco y Hitler que no sólo destruyeron Guernica en 1937- tiene en común con la crisis provocada en 2008 por *Lehman Brothers* y El partido de *Wall Street*. Consideramos conveniente remontarnos al comienzo de la modernidad.

Para Richard Morse, en el “tránsito a la modernidad” de Occidente surgieron dos grandes modelos jurídico políticos: el Iberoamericano que nace y muere en el Siglo de Oro español, y el Angloamericano que surge en el s. XVII y continúa hasta nuestros días. El primero tuvo como referentes a Vitoria y Suárez, el segundo a Hobbes y Locke<sup>14</sup>.

Para Bobbio y Peces Barba, había habido sólo tres modelos históricos de los derechos humanos: el inglés, el norteamericano y el francés<sup>15</sup>. Pese a algunas diferencias entre ellos: más empirista el primero, más racionalista el último, ecléctico el del medio; más localistas los dos primeros y más universalista el último; tienen algo en común, su fundamento: el “individualismo posesivo”, como lo llamó MacPherson, desarrollado casualmente a partir de obras de Hobbes y Locke<sup>16</sup>.

Para Ferrajoli, la originalidad del pensamiento de Vitoria –que funda lo que proponemos considerar como un modelo iberoamericano de derechos humanos- consistió en transformar el derecho de gentes romano en un moderno derecho internacional público. No sólo se trataba de cambiar su sujeto: “*inter homines*” según Ulpiano y Gayo, para definirlo como un derecho “*inter gentes*”, entre pueblos<sup>17</sup>; se trataba de otorgarle una naturaleza algo más pacífica, al postular el “*ius communicationis*” como único título que legitimara la presencia española en la América indiana. No obstante, reservó como norma de clausura garantista la posibilidad de declarar una guerra justa como legítima defensa de un pueblo –como hoy el Saharaui-

<sup>14</sup> Morse, Richard. *El espejo de Próspero. Un Estudio de la dialéctica del Nuevo Mundo*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1982. Si bien el diagnóstico se realizó hace 4 décadas, sigue teniendo actualidad. Para ello, ver: George, Susan: 2002, o Klein, Naomi: 2007. La tesis del Profesor de la Universidad de Stanford es que la hipertrofia del modelo angloamericano condujo a aporías, a las que acaso podría aportar soluciones el modelo iberoamericano.

<sup>15</sup> Peces Barba, Gregorio. *Tránsito a la modernidad y derechos humanos*. Madrid: Mezquita, 1982.

<sup>16</sup> MacPherson, Crawford. *La teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona: Fontanella, 1979. En otro trabajo de 2011 analizamos el desarrollo de sendos modelos hasta Bentham y Mariategui, respectivamente.

<sup>17</sup> De Vitoria, Francisco. *De la Potestad Civil*, 21. Madrid: BAC, 1960, p.709. “como se dice en la ley *Ut vim* en las *Pandectas* `la naturaleza estableció cierto parentesco entre los hombres´... `Pues no es lobo el hombre para otro hombre, como dice Ovidio, sino hombre´”.

que pudiera sentirse agredido, evitando -eso sí- toda violencia innecesaria durante su desarrollo y buscando soluciones proporcionas y ecuanimes<sup>18</sup>.

Por el contrario, para Thomas Hobbes desde Inglaterra, como para Jean Bodin desde Francia: los Estados estaban dotados de soberanía, entendida ésta como una *potestas soluta*, un poder absoluto y sin límites. Es decir, un poder contrario al derecho que siempre pone límites al ejercicio de poderes y derechos. Prueba de ello, es que la doctrina de la guerra justa que desarrollarán Grocio y Gentili para legitimar la expansión colonial europea, no admite ningún límite a la violencia durante el conflicto, legitimando lo que ahora los medio denominan “efectos colaterales”; tampoco espera una agresión para iniciarla, ni pretende ecuanimidad una vez concluida<sup>19</sup>.

## 2.1. Derechos políticos

Conforme a lo visto, aquellos derechos políticos: soberanía y guerra, en el modelo iberoamericano deben reconocer límites en su ejercicio, y en angloamericano no; ocurrirá lo mismo con dos derechos de naturaleza económica: propiedad y lucro. Para el modelo alternativo será preciso poner límites a los bienes objeto de estos derechos como para garantizar su posible universalización. Luego veremos la importancia que esto tiene para reconocer los derechos de las víctimas de los conflictos armados: los desplazados, demandantes de asilo y refugio. Desde este modelo ibero(afro)americano se admitirán como sujetos titulares no sólo a los individuos, sino también a los pueblos fragilizados, mientras que el modelo angloamericano asumido desde la UE, se tratará caso a caso, individualmente las demandas.

La propiedad privada es el paradigma de todos los derechos fundamentales para el modelo angloamericano. Por el contrario, para Rousseau, Marx (respecto a los medios masivos de producción) y para Ferrajoli, nunca es un derecho fundamental. A mitad de camino entre tales posiciones extremas, en el modelo Íbero(afro-latino)americano es sólo un derecho fundamental cuando alude a aquello que es necesario para una vida digna. Por ejemplo, en los campamentos de El Aaiún, cada familia puede poseer una jaima de lona junto a una casa de adobe. En Europa las propiedades de un latifundista o las segundas viviendas, ya no pueden ser consideradas derechos fundamentales y deberían ser gravadas impositivamente, lo suficiente como para que el Estado disponga de un presupuesto que le permita garantizar a cada persona

---

<sup>18</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derechos...*

<sup>19</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derechos...*, pp. 130-134.

o núcleo familiar el acceso a la vivienda digna que necesita. Y lo que decimos de la propiedad de cada persona, también puede aplicarse para el territorio de cada Estado<sup>20</sup>. En absoluto, nada legitimó la expansión de Marruecos sobre el territorio saharauí, único territorio no autónomo de África según la ONU del que España se desvinculó el 26/feb/1976<sup>21</sup>.

El lucro, que puede estimular el comercio y los préstamos para sufragar necesidades, es reconocido como un derecho legítimo por Vitoria y Soto, siempre que las ganancias o los intereses sean razonables, particularmente cuando tales bienes sean de primera necesidad. Por el contrario, para J. Bentham, el Estado y el Mercado deben reconocer el derecho a la usura, es decir a ganancias o intereses sin límites, sustentados por el principio de auto-preferencia. Según este primer dogma del neoliberalismo actual, cada sujeto en el Mercado busca el máximo beneficio para sí, con independencia del beneficio o perjuicio que pueda causar a los demás, incluso a los más próximos. Esta, según Bentham, es la regla de supervivencia de todas las especies animales, también de la humana<sup>22</sup>. Por el contrario, si las demás especies se rigen por la ley del más fuerte, sólo la especie humana tiene la posibilidad de garantizar los derechos humanos, es decir, “la ley del más débil”, como los define Ferrajoli.

## 2.2. La apología

La apología de la usura y de propiedades privadas ilimitadas supuso la inversión de un orden entre axiológico y epistémico que propuso Kant, uno de los fundadores del liberalismo político. Según su opúsculo *Hacia la Paz perpetua*, la ética debiera resolver todo problema de la política, entre ambas se promovería la creación del derecho, y entre los tres se delimitaría el espacio para lo económico. En su reciente mandato: “es la economía, estúpido” espetó B. Clinton a un periodista que no entendía qué marcaba las agendas políticas y jurídicas, mientras se reducía la ética a la esfera individual del “*my home is my castle*” De esta manera, asistimos a una segunda metamorfosis de la soberanía: si tal poder omnímodo en el medioevo se predicaba de Dios y en la modernidad del Estado, en la actualidad se predica del Mercado y de sus “fondos soberanos”. Este mercado globalizado, no admitió ni siquiera la propuesta de James

<sup>20</sup> Rovetta, Fernando. “Del derecho de gentes al constitucionalismo global”. En Marcilla, Gema (coord.). *Constitucionalismo y garantismo*. Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 2009, pp. 273-275.

<sup>21</sup> ONU. s.d. [en línea]. <<http://www.un.org/es/decolonization/nonselvgovterritories.shtml#note2>> [6 mayo 2005].

<sup>22</sup> Bentham, Jeremy. *Apología de la usura* [en línea]. <[www.sequitur.es/wp-content/uploads/2010/09/en-defensa-de-la-usura.pdf](http://www.sequitur.es/wp-content/uploads/2010/09/en-defensa-de-la-usura.pdf)> [6 mayo 2005].

Tobin<sup>23</sup> de gravar con 0,1 % los flujos financieros a corto plazo, con lo que se hubiera podido erradicar enfermedades endémicas y el analfabetismo de todo el mundo. Esta economía neoliberal que no admite límites en su insaciable voracidad produce guerras, armas para la guerra y la destrucción de Estados, lejos de asumir los “costos” que representan los refugiados, los criminaliza.

No obstante, conviene admitir que así como el concepto de Estado no se agota en quienes detentan el poder, sino que incluye –aunque de un modo simbólico– a los ciudadanos que periódicamente acuden a las urnas; el concepto de Mercado no puede reducirse a los empresarios o a los especuladores de la bolsa, sino que también incluye –aunque como subordinados– a todo trabajador, todo consumidor y todo pequeño ahorrista. Últimamente se constata que los votantes, más que atender a los programas políticos más o menos garantes de los derechos humanos que cada partido puede ofrecer (en el mejor de los casos, cuando no se limitan a acusaciones recíprocas), atienden a sus propios beneficios económicos, avalando al candidato cuyas soflamas le aseguren bienestar frente a todo “*swarm of people*”<sup>24</sup>, toda plaga de refugiados.

El experimento Milgram ha demostrado que “el poder de la situación” puede transformar a buenos ciudadanos en dóciles genocidas, y no hablamos de un porcentaje menor, sino de un 2/3 de la muestra. De allí, la importancia capital de una educación crítica y liberadora, principal objetivo contra el que atentan los proyectos educativos de la derecha. No en vano, G. Sartori advertía que el *homo videns* (hombre educado por su TV) es una versión involutiva del *homo sapiens*. En la tragedia de Lampedusa (19/abr/2015), murieron 2/3 del medio millar de personas que huían del hambre y la guerra en Eritrea. Los barcos mercantes que estaban en la zona, no los socorrieron obedeciendo órdenes de la UE. Esto ya no era un experimento de laboratorio. Desde entonces, tal porcentaje se reproduce en tragedias casi cotidianas en el que se supo llamar *mare nostrum*.

### **3. La situación de los demandantes de asilo**

La situación de los demandantes de asilo se muestra como un síntoma grave: el *individualismo posesivo*, que en su desarrollo más coherente no es compatible con la universalización de los derechos humanos, comenzó su metástasis. Se apoderó del

---

<sup>23</sup> Tobin, James. *Essays in economics*. Massachusetts: MIT, 1971.

<sup>24</sup> Expresión empleada por David Cameron (*BBC News*, 30/jul/2015), actualmente desplazado por el Brexit al que contribuyó a crear con expresiones como ésta, con connotaciones despectivas.

gobierno del poder hegemónico global, y amenaza con extenderse de modo implacable. En este contexto de imprevisibles consecuencias, una pequeña luz de esperanza luce para el pueblo Saharaui. Marruecos invirtió cientos de millones de dólares en la campaña de Hilary Clinton, destacó Mohamed Alí Alí Salem<sup>25</sup>.

El Estatuto de ACNUR de 14/dic/1950 y el de los Refugiados de 28/jul/1951, significaron un punto de inflexión sobre el tema. Con anterioridad, el problema de los desplazados por conflictos bélicos era una cuestión de cada Estado, o acaso bilateral. Así se respondió a los desplazados por la Revolución Soviética o la desintegración del Imperio Otomano. Con sendos Estatutos se universalizaba la protección de personas fragilizadas, lo que suponía un claro avance en la materia, reforzado por el *Protocolo de Nueva York sobre el estatuto de los refugiados* del 31/en/1967, que suprime no sólo el límite geográfico sino también el temporal. Sin embargo, estos documentos adolecen de cuatro insuficiencias que quedan evidentes en la misma definición de los demandantes de asilo:

Persona se encuentre (1) fuera del Estado de su nacionalidad... debido a (2) fundados temores de ser perseguida por motivos de (3) raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u (4) opiniones políticas...

En primer lugar, no da cuenta del frecuente y masivo fenómeno de los *desplazados internos*. No es una cuestión menor, según Amnistía Internacional puede tratarse de 2/3 de los sesenta millones de personas que en estos últimos años debieron abandonar sus hogares. Segundo, hablar de *fundados temores* retrotrae a una cuestión subjetiva, que no parece atender a la situación de niños, discapacitados o mayores que no puedan percibirlos o fundarlos. Resultaba más garantista el reconocer situaciones objetivas que provocaban el éxodo. Tercero, los motivos de la huida parecen coincidir con las razones por las que nadie debe ser discriminado, sin embargo, entre estos no incluye al sexo. Boko Haram y las prácticas habituales de botines de guerra, son razones para subrayar esta insuficiencia. Finalmente, tales motivos se condensan en cuestiones políticas, provocadas por el hombre; nada se dice respecto a quienes tienen que huir de catástrofes naturales o de accidentes nucleares.

Para Ángel Sánchez Legido:

---

<sup>25</sup> Mohamed Alí Alí Salem, poeta saharauí también aludió a la responsabilidad de Francia, como principal respaldo de Marruecos, lo que se tradujo en desplazar el español por el francés como lengua de la administración en los Campamentos. Al mismo tiempo testimonió su gratitud al gobierno y al pueblo cubano, uno de los principales destinos de los estudiantes saharauis más aventajados, como también lo es España gracias a la solidaridad del pueblo español.

“quizá las principales insuficiencias de la Convención de Ginebra en lo que al estatuto del refugiado se refiere derivan de la *filosofía general* a la que obedeció su redacción. La perspectiva individualista con la que en él se contempla el problema de los refugiados y la construcción de su estatuto por referencia a una serie de obligaciones que recaen exclusivamente sobre el Estado de acogida<sup>26</sup>”.

Esta aplicación esencialmente individual, caso a caso, favorece la inadmisión a trámite de las demandas de asilo, la discrecionalidad del Ministerio del Interior y las llamadas “devoluciones en caliente”, algo explícitamente prohibido por los Estatutos aludidos. Un síntoma de las políticas proteccionistas del propio bienestar, poco dispuestas a ofrecer acogida, lo tenemos en la negativa de los Estados más industrializados a ratificar la Convención de los derechos de los trabajadores inmigrantes y sus familias” (ONU, 18/dic/90). La situación de éstos, en su mayoría “refugiados económicos”, puede revestir menos dramatismo pero no mucho menos.

### 3.1. Frente al “individualismo posesivo”

Frente a esa perspectiva, tributaria de lo que venimos describiendo como un “individualismo posesivo” del modelo angloamericano, se presentan lecturas mucho más garantistas, curiosamente desde el Sur. En 1969, la Organización para la unidad de África (OUA) adoptaba en Addis-Abeba la Convención relativa a los aspectos propios de los problemas de los refugiados, que comienza haciendo suyo el Convenio de Ginebra para luego extender el concepto de refugiado:

Se aplica igualmente a toda persona que, como consecuencia de una agresión, de una ocupación exterior, de una dominación extranjera o de eventos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen o del país de su nacionalidad, se vea obligado a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad<sup>27</sup>”.

En 1984, en América Latina se aprobó la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, en la que se hace referencias a la Convención de OUA sobre esta materia y a los trabajos de la Comisión Interamericana de Derechos humanos. Esta declaración es el resultado de un foro académico, lo que puede remitirnos a los orígenes salmantino del

---

<sup>26</sup> Sánchez Legido, Ángel. “El Estatuto de los Refugiados, cincuenta años después”. En: Ayora, Catalina y Ortega Terol, José (coords.). *Globalización y Derecho Seminario de Estudios internacionales Luis de Molina*. Cuenca: Ed. UCLM, 2003, p. 143.

<sup>27</sup> OUA: Convención...Refugiados en África, a.2, (Trad. Á. Sánchez Legido).

modelo iberoamericano de los derechos humanos<sup>28</sup>. En ella se propone una definición de refugiados que resuelve las cuatro insuficiencias antes señaladas:

“... aquélla que, además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.”

Para el caso de España, pese a haber sido la cuna del derecho internacional público y de un modo alternativo de entender los derechos humanos, hoy en materia de refugio conforme a la Ley 12/2009 (del 30/oct.), se reduce a tomar como referencias la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967. Además, desarrolla tal derecho en una ley ordinaria, no en una ley orgánica que es el instrumento constitucionalmente reservado para los derechos fundamentales.

Por estas razones, nos permitimos enmendar el diagnóstico de Morse. El modelo alternativo, que sustituye al *individualismo posesivo* por un *personalismo comunicativo*, puede que no haya sido asumido por los últimos gobiernos de España, pero parece que ha logrado sobrevivir en el discurso político y académico de África, América Latina e incluso pueblos de Medio Oriente como el Palestino o el del Líbano<sup>29</sup>.

El fundamento alternativo al “individualismo posesivo” propone un doble cambio de paradigma. No sólo cambia el sujeto titular de derechos: pasando de individuos aislados (cada vez más por el Brexit), a personas que –libre y solidariamente- son capaces de comunicarse y generar pueblos, que son titulares de sus derechos a la vez que asumen sus deberes. Cambia también el derecho paradigmático: de la propiedad, que sólo puede aludir a la relación del ser humano con lo infra humano, porque si lo quisiéramos proyectar hacia otra persona la denigraríamos a la condición de

---

<sup>28</sup> Académico fue también el Proyecto “Visita a Cataluña” (10-13/nov/2016) con 23 estudiantes de Trabajo Social, para mantener un coloquio con el Prof. Josep Corbella i Duch y sus 30 estudiantes de Trabajo social de la Universidad de Barcelona, al que se sumaron 3 estudiantes de la Complutense y 1 de la Autónoma de Madrid, pertenecientes estos últimos al proyecto: Refugio por narices. Como también lo fueron los contactos con la Fundacio ARED y La Llabor, presididas por Da. M<sup>a</sup> Elena Alfaro y Da. Teresa Rodríguez, y con el historiador Hilari Raguer en Montserrat. Un sesgo más bien político asumíó Pablo Peralta, técnico del proyecto: Barcelona, ciudad refugio, al recibimos en al Ayuntamiento a instancias de su Primer teniente Alcalde.

<sup>29</sup> Líbano, con una población de 4,5 millones de habitantes y un PIB que no alcanza a los 2/3 del español, ofrece refugio a más de 1,2 millones de exilados de Siria. España, con una población 10 veces superior, no llegó a otorgar refugio a 120 personas. Es decir, por cada refugiado que el gobierno español prometió recibir, Líbano recibió 1.000 desde que comenzara la crisis.

esclava; pasa a la comunicación, que alude a la relación entre personas libres e iguales, capaces de tratarse fraternalmente, pero que si se proyectara hacia las cosas las dotaría de una mayor dignidad. Esto lo hace evidente el Cacique Seattle respondiendo el decimocuarto presidente de EEUU, Fr. Pearce: “no entendemos que quiera comprarnos nuestra tierra... no le pertenece la tierra al hombre más que lo que el hombre pertenece a la tierra... y lo que le ocurra a ésta tarde o temprano le ocurrirá al hombre.”

#### 4. Conclusión

A modo de conclusión, si el ciudadano es el sujeto titular por antonomasia de los derechos fundamentales, el demandante de asilo y refugio lo es de los derechos humanos. Desde su condición de persona que ha perdido la protección jurídica de su Estado de origen, que ha quedado fragilizada, a la intemperie de los techos de racionalidad –más o menos garantistas- que supone cada ordenamiento constitucional, reclama que la universalidad de los derechos humanos sea “tomada en serio” (expresión de Dworkin que hace suya Ferrajoli). No parece que el modelo centrado en un *right to properties* centrípeto y proteccionista –a lo *Golum*- sea capaz de dar respuestas a este problema que contribuyó a generar. Por el contrario, sólo desde un modelo comunicativo, centrífugo y centrípeto alternativamente, es posible asumir la universalidad de unos derechos porque como sostenía Vitoria:

“el orbe todo, que en cierta manera forma una república y tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las de derecho de gentes.... Y ninguna nación puede darse por no obligada ante el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe<sup>30</sup>”.

#### Referencias Bibliográficas:

Bentham, Jeremy. *Apología de la usura* [en línea]. <[www.sequitur.es/wp-content/uploads/2010/09/en-defensa-de-la-usura.pdf](http://www.sequitur.es/wp-content/uploads/2010/09/en-defensa-de-la-usura.pdf)> [6 mayo 2005].

Bernanos, Georges. *Grandes cementerios bajo la luna*. Chile: Ed. Zig zag, 1939.

De Vitoria, Francisco. *De la Potestad Civil*, 21. Madrid: BAC, 1960.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

----- *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

---

<sup>30</sup> Vitoria, F.: 1960, pp.191-2.

- George, Susan. *El informe Lugano. Cómo preservar el capitalismo*. Barcelona: Icaria, 2002.
- Tobin, James. *Essays in economics*. Massachusetts: MIT, 1971.
- Klein, Naomí. *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*. Barcelona: Planeta, 2007.
- MacPherson, Crawford. *La teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona: Fontanella, 1979.
- Morse, Richard. *El espejo de Próspero. Un Estudio de la dialéctica del Nuevo Mundo*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1982.
- ONU. [en línea]. <http://www.un.org/es/decolonization/nonselvgovterritories.shtml#note2> [6 mayo 2005].
- Peces Barba, Gregorio. *Tránsito a la modernidad y derechos humanos*. Madrid: Mezquita, 1982.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1984.
- Rovetta, Fernando. “Del derecho de gentes al constitucionalismo global”. En Marcilla, Gema (coord.). *Constitucionalismo y garantismo*. Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 2009, pp. 257-278.
- “Bicentenario de la emancipación latinoamericana y de su modelo de derechos humanos”. En Vizcaino, M<sup>a</sup> Teresa (Coord.). *Revista Cijus*, I, 2, México: Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2011.
- Sánchez Legido, Ángel. “El Estatuto de los Refugiados, cincuenta años después”. En Ayora, Catalina y Ortega Terol, José María (coords.). *Globalización y Derecho Seminario de Estudios internacionales Luis de Molina*. Cuenca: UCLM, 2003.



**CRISIS HUMANITARIA DE REFUGIADOS,  
COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y DESARROLLO  
E INTEGRACIÓN EUROPEA**

**HUMANITARIAN CRISIS OF REFUGEES,  
INTERNATIONAL COOPERATION AND DEVELOPMENT  
AND EUROPEAN INTEGRATION**

Pedro Garrido Rodríguez  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** La cuestión migratoria siempre ha estado de actualidad en nuestra historia más reciente. A lo largo de los últimos años estamos presenciando un recrudecimiento de los conflictos armados en el norte de África, especialmente sangrientos en Libia, Siria y en donde ha intervenido el Estado Islámico. Estos conflictos han puesto a miles de personas en unas condiciones de vida insostenibles en sus países de origen, por lo que muchos de ellos han optado por huir hacia Europa para proteger su vida y la de sus familiares. La Sociedad Internacional, y especialmente la Unión Europea, en plena crisis económica y de identidad, se ha visto desbordada y no ha logrado articular una estrategia global ante la delicada situación que vivimos. Este artículo estudia las políticas públicas llevadas a cabo, las actuaciones en materia de cooperación, integración y desarrollo y los procesos de negociación a nivel internacional en la búsqueda de un sistema global para los refugiados desde los últimos años hasta la actualidad y la recepción de los mismos por parte de la sociedad civil.

**Palabras Clave:** Derechos Humanos, Refugiados, Migraciones, Cooperación, Unión Europea.

**Abstract:** Immigration has always been topical in our more recent history. Over the past years, we are witnessing a resurgence of armed conflict in the North of Africa, especially bloody in Libya, Syria and where the Islamic State has intervened. These conflicts have put thousands of people into unsustainable living conditions in their countries, so many of them have chosen to leave out to Europe in order to protect their lives and that of their families. International society, and especially the European Union, immersed of the economic and identity crisis, has failed to articulate a global strategy to resolve the delicate situation that we are living. This article examines public policies carried out, actions in the field of cooperation, integration and development, negotiation processes and their reception by the civil society.

**Keywords:** Human Rights, Refugees, Migrations, Cooperation, European Union.

En los últimos años, como consecuencia de los conflictos armados en el norte de África ha habido un crecimiento exponencial de las migraciones forzadas hacia Europa. Los conflictos de Libia, Afganistán y, especialmente, Siria, han generado un volumen

inédito de refugiados que intentan poner a salvo su vida y la de sus familias y cuya vía de escape es, principalmente, Europa.

Las rutas de la inmigración hacia Europa son complejas, muy diversificadas y cambiantes. Las más voluminosas se producen por mar desde Egipto, Libia y Turquía hacia las costas de Italia y Grecia y también por tierra desde Turquía hacia Bulgaria, tratando de continuar desde allí hacia el norte de la UE, pasando por Rumanía o Serbia. Todas las rutas mencionadas están llenas de peligros, como es sabido, y los países de tránsito y destino han ido imponiendo progresivamente trababas y obstáculos a la entrada a su territorio. Todo ello hace todavía más difícil de lo que ya es de por sí la situación de numerosos civiles, que se encuentran sin ninguna alternativa para proveerse a sí mismos ya sus familias de un lugar seguro.

El 18 de abril de 2015 una gran embarcación con casi mil personas naufraga frente a la costa de Libia. Sus integrantes eran personas procedentes de Egipto y Libia que huían de la guerra de Libia en dirección a la isla italiana de Lampedusa. Más de 800 personas murieron en ese naufragio. La opinión pública europea quedó conmocionada ante el suceso y los Jefes de Estado y Gobierno se reunieron cinco días después, el 23 de abril de 2015, en Bruselas. Desde entonces, ha habido numerosas cumbres, encuentros y reuniones de alto nivel para lograr coordinar las posiciones de los diversos países en cuanto a la gestión de la crisis humanitaria de refugiados, pero hasta el momento no se ha logrado llegar a un acuerdo vinculante con compromisos concretos ni se han acordado las cuotas de personas que le corresponde acoger a cada país, cuestión que es preciso resolver perentoriamente.

En la Cumbre del 23 de abril de 2015 hubo muchas propuestas<sup>1</sup>. Finalmente se decide, a propuesta del Presidente de la Comisión Europea, Juncker, triplicar los fondos que la UE destina a la Operación Tritón, integrada en el Frontex. Se trata de la operación de vigilancia en el Mar mediterráneo que sustituyó a la Operación Mare Nostrum, que incluía la vigilancia y también el salvamento dentro del Mar Mediterráneo. La financiación de tritón pasa de 3 a 9 millones de euros al mes<sup>2</sup>, pero no se incluye la función de salvamento entre sus competencias. También se establece la llamada Estrategia Marco, que consiste en redistribuir a 40.000 solicitantes de asilo que

---

<sup>1</sup> Acerca de las negociaciones, consúltese: Europa Press. “Juncker pide a los líderes europeos triplicar los fondos para las operaciones en el Mediterráneo”. *El Mundo*. 23 de abril de 2015.

<<http://www.elmundo.es/internacional/2015/04/23/5539408a268e3eb3388b4577.html>> [18 marzo 2017].

<sup>2</sup> Sobre todo ello, véase: Agencia EFE. “La UE decide triplicar los fondos de la misión en el Mediterráneo”. *El Mundo*. 23 de abril de 2015.

<<http://www.elmundo.es/internacional/2015/04/23/55394e2822601dd40b8b456d.html>> [18 marzo 2017].

en ese momento se encuentran en Italia (24.000) y en Grecia (14.000), así como reasentar a otras 20.000 personas localizadas en Jordania, Egipto, Túnez y Marruecos. Se acuerda un sistema de cuotas para el reparto basado en cuatro baremos: 40% en función de la población del país, 40% del PIB, 10% de la tasa de desempleo y otro 10% dependiendo de los esfuerzos anteriores realizados por el país en la acogida de refugiados. También se acuerda actuar contra las mafias y otras cuestiones de seguridad como la recogida de huellas dactilares a las personas que solicitan refugio.

Después de haberse acordado en la Cumbre el sistema de cuotas para el reparto de refugiados, vuelven a producirse desencuentros por la proporción de personas a acoger entre los diferentes países que conforman la UE y se rompe con lo pactado, como ya había ocurrido anteriormente. Así las cosas, en mitad de esta nueva crisis en los acuerdos, la Comisión Europea reconoce la situación de emergencia Hungría, que se suma a Italia y Grecia y solicita la acogida de 120.000 personas, sirios en su mayoría.

El 9 de septiembre de 2015, la Comisión hace una propuesta para distribuir a los 120.000 nuevos refugiados<sup>3</sup>. En ella, los países con mayor número de personas a acoger son Alemania (31.443), Francia (24.031) y España (14.931)<sup>4</sup>. Sin embargo, esto no supone ni mucho menos la concreción de un acuerdo definitivo en el reparto.

Dado que el sistema de cuotas no goza del consenso de los diferentes países implicados, el Presidente de la Comisión Europea, Juncker, se propone establecer un sistema permanente de reparto. De este modo, convoca una reunión extraordinaria y urgente de los Ministros del Interior de la UE el 14 de septiembre de 2015 con el objetivo de buscar una solución para la crisis migratoria. Alemania y Francia abogan por mantener el sistema de cuotas y concretar las cifras a acoger por cada país de la UE. El bloque de países del este, con Hungría, República Checa y Eslovaquia a la cabeza, rechazan esta propuesta y presionan para desestimarla. El resultado de la cumbre<sup>5</sup> es una declaración de la Presidencia del Consejo que no aporta compromisos ni actuaciones concretas

---

<sup>3</sup> Los criterios siguen siendo la población, el PIB, la tasa de desempleo y los esfuerzos anteriores en acogida. Sobre ello, véase: Amade, Emilio. “El reparto de los refugiados y su procedencia”. *El Mundo*. 9 de septiembre de 2015.

<<http://www.elmundo.es/grafico/internacional/2015/09/09/55f0291e268e3eef128b4581.html>> [18 marzo 2017].

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Suanzes, Pablo R. “La UE fracasa y no logra un acuerdo sobre la crisis de los refugiados”. *El Mundo*. 15 de septiembre de 2015.

<<http://www.elmundo.es/internacional/2015/09/14/55f7293b22601d76418b4597.html>> [15 marzo 2017].

Dentro de este escenario llegamos a diciembre de 2015, fecha en la que se celebra en Malta la Cumbre de La Valeta sobre Inmigración<sup>6</sup>. En dicha Cumbre se reúnen los Jefes de Gobierno europeos y africanos con el objetivo de afianzar la cooperación en las migraciones. En ella se aprueba el *Fondo fiduciario de emergencia de la Unión Europea para la estabilidad, que permita hacer frente a las causas profundas de la migración irregular y del desplazamiento de personas en África*. El Fondo contiene 1.800 millones de euros aportados por el Fondo Europeo de Desarrollo (FED) y a eso se le unen las aportaciones individuales de los países miembro, que suman alrededor de 80 millones más. Este fondo supone una contribución adicional a la ayuda al desarrollo de la Unión Europea y los Estados miembro para África, correspondiente a 20.000 millones de euros anuales. Su objetivo es contribuir a la estabilidad y al crecimiento económico sostenible<sup>7</sup>. Los países integrantes de la Cumbre emiten una declaración política<sup>8</sup> y un plan de acción<sup>9</sup> con una serie de compromisos:

1. *Abordar las causas profundas de la migración irregular y del desplazamiento forzoso.*
2. *Potenciar la cooperación en materia de migración legal y movilidad.*
3. *Reforzar la protección de los migrantes y solicitantes de asilo.*
4. *Prevenir y combatir la migración irregular, el tráfico ilícito de migrantes y la trata de seres humanos.*

<sup>6</sup> Comisión Europea: “Acuerdos de la cumbre de La Valeta”. *Portal de prensa de la Comisión Europea*. 12 de noviembre de 2015. <[http://ec.europa.eu/spain/actualidad-y-prensa/noticias/justicia-libertad-y-seguridad/cumbre-valeta-acuerdos\\_es.htm](http://ec.europa.eu/spain/actualidad-y-prensa/noticias/justicia-libertad-y-seguridad/cumbre-valeta-acuerdos_es.htm)> [18 marzo 2017].

<sup>7</sup> Según el portal de prensa de la Comisión Europea, el objetivo del Fondo Fiduciario es: *Contribuir a impulsar la estabilidad en estas regiones y a mejorar la gestión de la migración. Más concretamente, permitirá hacer frente a las causas profundas de la desestabilización, el desplazamiento forzoso y la migración irregular, promoviendo la igualdad de oportunidades y las oportunidades económicas, la seguridad y el desarrollo. Constituye un instrumento importante para la ejecución del plan de acción adoptado en la Cumbre de La Valeta*. En concreto, el Fondo se destina principalmente a los países de origen de las grandes rutas de inmigración desde África hacia Europa. Según la Comisión Europea:

- *En la región del Sahel y la zona del lago Chad: Burkina Faso, Camerún, Chad, Gambia, Malí, Mauritania, Níger, Nigeria y Senegal.*
- *En el Cuerno de África: Yibuti, Eritrea, Etiopía, Kenia, Somalia, Sudán del Sur, Sudán, Tanzania y Uganda.*
- *En el norte de África: Marruecos, Argelia, Túnez, Libia y Egipto.*
- *Los países vecinos de los beneficiarios podrán acceder al fondo caso por caso y a través de proyectos del fondo fiduciario de dimensión regional con el fin de abordar los flujos migratorios regionales y los problemas transfronterizos relacionados.*

Todo ello en: Comisión Europea: “Acuerdos de la cumbre de La Valeta”. *Portal de prensa de la Comisión Europea*. 12 de noviembre de 2015. <[http://ec.europa.eu/spain/actualidad-y-prensa/noticias/justicia-libertad-y-seguridad/cumbre-valeta-acuerdos\\_es.htm](http://ec.europa.eu/spain/actualidad-y-prensa/noticias/justicia-libertad-y-seguridad/cumbre-valeta-acuerdos_es.htm)> [21 marzo 2017]. *Op. Cit.*

<sup>8</sup> Consejo Europeo. “Cumbre de La Valeta sobre migración, 11-12.11.2015- Declaración Política”. *Portal del Consejo Europeo*. 12 de noviembre de 2015. <<http://www.consilium.europa.eu/es/meetings/international-summit/2015/11/11-12/>> [19 marzo 2017].

<sup>9</sup> Consejo Europeo. “Cumbre de La Valeta sobre migración, 11-12.11.2015- Plan de Actuación”. *Portal del Consejo Europeo*. 12 de noviembre de 2015. <<http://www.consilium.europa.eu/es/meetings/international-summit/2015/11/11-12/>> [19 marzo 2017].

5. *Colaborar más estrechamente para mejorar la cooperación en materia de retorno, readmisión y reintegración*<sup>10</sup>.

Diversos agentes sociales manifestaron públicamente sus críticas a la Cumbre de La Valeta por no haber aportado soluciones ni compromisos sustanciales en la gestión de las migraciones. Amnistía Internacional afirma que los acuerdos consisten fundamentalmente en aumentar el control de fronteras y facilitar los procedimientos de devolución y que, sin embargo, no aportan nada nuevo en cuanto a crear rutas seguras y garantizar los derechos de las personas migrantes. Manifiesta que el encuentro es un mero intercambio a partir del cual los países emisores reducen los flujos migratorios recibiendo como contrapartida ayuda económica y material de la UE<sup>11</sup>.

En los meses posteriores la situación de emergencia humanitaria de refugiados continúa recrudeciéndose sin que se llegue a una solución. La guerra de Siria continúa agravándose y aumenta el número de personas que intentar llegar a Europa para encontrar un lugar seguro. Grecia, Italia y Hungría se ven desbordadas por la cantidad de personas llegadas a su territorio y en Europa no se logra un acuerdo real para su redistribución. A lo largo de todo ese tiempo, UE y Turquía mantienen una continua e intensa negociación para que los turcos cierren las rutas migratorias hacia Europa por su territorio. Finalmente, el 18 de marzo de 2016, se firma el Pacto UE-Turquía<sup>12</sup> según el cual los turcos se comprometen a aceptar a todas las personas inmigrantes en situación irregular que hayan huido a Grecia desde su territorio y que sean devueltas, ya sean

---

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> En palabras de la directora de la Oficina de Amnistía Internacional ante las instituciones Europeas, Iverna McGowan: *Dado que la UE parece dispuesta a reclutar a los países africanos como guardianes por poderes, es probable que la Cumbre de La Valeta derive en un contrato de control fronterizo unilateral disfrazado de acuerdo de cooperación. Las personas refugiadas y migrantes merecen y tienen derecho a algo mejor.*

Sobre la Cumbre de La Valeta, véase: Amnistía Internacional. “La Cumbre UE-África de La Valeta no debe disfrazar el control fronterizo de ‘cooperación’”. *Portal Web de Amnistía Internacional*. 10 de noviembre de 2015. <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2015/11/eu-africa-summit-in-valetta/>> [19 marzo 2017]; Redacción RTVE.es: “La UE se queda corta en el fondo de ayuda de emergencia para África acordado en Malta”. *RTVE.es*. 12 de noviembre de 2015: <<http://www.rtve.es/noticias/20151112/cumbre-malta-ue-se-queda-corta-fondo-ayuda-emergencia-para-africa/1252921.shtml>> [18 marzo 2017].

<sup>12</sup> Acerca del Pacto UE-Turquía, consúltense la Declaración UE-Turquía: Consejo Europeo: “Declaración UE-Turquía, 18 de marzo de 2016”. *Comunicado de prensa 144/16*. 18 de marzo de 2016. Consultable vía Web en: <<http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>> [16 marzo 2017]. A este respecto, cabe también remitirse a las Conclusiones del Consejo Europeo del 17 y 18 de marzo de 2016: Consejo Europeo: “Conclusiones del Consejo Europeo, 17 y 18 de marzo de 2016”. *Comunicado de prensa 143/16*. 18 de marzo de 2016. Consultable en Web: <<http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-european-council-conclusions/>>. [16 marzo 2017].

inmigrantes por causas económicas o solicitantes de asilo<sup>13</sup>. Con el Pacto se intenta reducir la presión migratoria hacia la UE e incitar a las personas migrantes a que desistan de la entrada irregular. Sin embargo, no se les ofrece una alternativa a su dramática situación ni se le facilitan los trámites para solicitar refugio. Ni siquiera se les ofrece la posibilidad de solicitar asilo en su país de origen.

De este modo, aquellas personas que se considere que han entrado irregularmente pueden ser expulsadas, aceptadas por Turquía y ubicadas en los últimos puestos en la relación de solicitantes de asilo. El acuerdo se define como temporal y Grecia se compromete a estudiar las solicitudes caso por caso, sin proceder a expulsiones colectivas, tal y como determina la Convención de Ginebra. Pero en la práctica el Pacto da libertad para expulsar con gran rapidez a todas aquellas personas que se estime oportuno. El acuerdo implica también que por cada persona de origen sirio en situación irregular que se devuelva Europa debe admitir legalmente a otro, que sería enviado desde un campamento turco. Sin embargo, se pone un máximo de 72.000, es decir, una cifra sustancialmente menor de las personas de procedencia turca que tratan de huir a Grecia anualmente. Solamente en 2015 más de 885.000 personas entraron en Grecia de manera irregular, de los cuales 876.000 provenían de Turquía<sup>14</sup>. Con estos datos, es fácilmente perceptible que la cifra es claramente insuficiente, como ha sido criticado por ONG, asociaciones y organizaciones sensibles con los derechos humanos.

---

<sup>13</sup> Sobre el proceso de negociación y formulación del Pacto UE-Turquía y sus implicaciones, resultan muy ilustrativos: Suanzes, Pablo R. “Turquía sube el precio de su colaboración: otros 3.000 millones y liberación de visados en junio”. *El Mundo*. 7 de marzo de 2016.

<<http://www.elmundo.es/internacional/2016/03/07/56ddb8db46163ffd4c8b467b.html>> [21 marzo 2017]; Suanzes, Pablo R. “La UE expulsará a Turquía a los refugiados que lleguen a Grecia”. *El Mundo*. 8 de marzo de 2016.

<[http://www.elmundo.es/internacional/2016/03/08/56de226e46163f46418b457a.html?cid=MNOT23801&s\\_kw=la\\_ue\\_expulsara\\_a\\_turquia\\_a\\_los\\_refugiados\\_que\\_lleguen\\_a\\_grecia](http://www.elmundo.es/internacional/2016/03/08/56de226e46163f46418b457a.html?cid=MNOT23801&s_kw=la_ue_expulsara_a_turquia_a_los_refugiados_que_lleguen_a_grecia)> [21 marzo 2017];

Suanzes, Pablo R. “Europa cierra sus puertas desde este domingo”. *El Mundo*. 19 marzo 2016.

<<http://www.elmundo.es/internacional/2016/03/18/56ec122722601d06708b4639.html>>. [21 marzo 2017]; Agencias. “Turquía niega las acusaciones de AI y rechaza estar deportando refugiados a Siria”. *El Mundo*. 3 de abril de 2016.

<<http://www.elmundo.es/internacional/2016/04/03/5700e87422601da04c8b4656.html>> [21 marzo 2017];

Galarraga, Naiara. “Devolución de refugiados, uno por uno... Las claves del acuerdo UE-Turquía”. *El País*. 4 de abril de 2016.

<[http://internacional.elpais.com/internacional/2016/04/03/actualidad/1459718006\\_987997.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/04/03/actualidad/1459718006_987997.html)> [21 marzo 2017].

Cruz, Marisa. “Rajoy afirma que España moderó el acuerdo migratorio entre la UE y Turquía”. *El Mundo*. 6 de abril de 2016.

<<http://www.elmundo.es/espana/2016/04/06/5704c03de2704e463b8b459c.html>> [21 marzo 2017].

<sup>14</sup> Suanzes, Pablo R. “Europa cierra sus puertas desde este domingo”. *El Mundo*. 19 de marzo de 2016.

<<http://www.elmundo.es/internacional/2016/03/18/56ec122722601d06708b4639.html>> [21 marzo 2017]. *Op. Cit.*

El acuerdo incluye que Turquía recibe 3.000 millones de euros como ayuda a proyectos de cooperación y desarrollo y el compromiso de aportar otros 3.000 millones de euros más para futuros proyectos. Asimismo, la UE se compromete a agilizar los visados para los turcos que viajen a Europa y a reanudar las negociaciones para su futura incorporación a la UE. Esto último, sin embargo, parece cada vez más incierto dado el clima de inestabilidad y de autoritarismo que se vive actualmente en Turquía.

El Pacto UE-Turquía ha sido duramente criticado por parte de diferentes agentes sociales, ONG y organizaciones internacionales. La Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR) emite un comunicado el mismo día de la firma del Pacto en el que sostiene que el acuerdo se ajusta a la legislación internacional y europea:

*Según la interpretación de ACNUR, a la luz de la jurisprudencia pertinente, esto significa que las personas en necesidad de protección internacional serán entrevistadas de forma individual para determinar si sus solicitudes pueden ser estudiadas en Grecia, y tendrán derecho a interponer un recurso antes de que tenga lugar cualquier readmisión a Turquía. Esto también supondría que una vez retornadas, las personas que necesitan protección internacional tendrán la oportunidad de solicitar y tener acceso de forma efectiva a protección en Turquía<sup>15</sup>.*

Con todo ello, se muestra menos segura de su eficiencia en la práctica e insiste en varias cuestiones que se deben mejorar: las condiciones de acogida en Grecia, los procesos de estudio de las solicitudes de asilo y la atención de las personas a las que se otorgue la condición de refugiados. También incide en que las personas devueltas a Turquía deben tener un procedimiento imparcial y con garantías en un plazo razonable y que se garantice que puedan tener las condiciones necesarias de protección internacional en las condiciones establecidas por la legislación internacional. Y por último que el acuerdo no implique una restricción de cupos o cambio en las condiciones de acogida de personas refugiadas de otra procedencia.

Posteriormente, ACNUR suscribe un comunicado en el que manifiesta serie preocupación por las condiciones de los refugiados en Grecia. En él afirma que el Pacto se está llevando a cabo sin contar con los medios adecuados, que Grecia no dispone de los medios necesarios para atender las peticiones de asilo ni para garantizar las condiciones de vida óptimas para los peticionarios de asilo mientras sus solicitudes son estudiadas. Matiza que ACNUR en ningún caso forma parte del Pacto y que no intervendrá en ninguna acción de detención o devolución, sino que se dedicará

---

<sup>15</sup> *Ibidem.*

únicamente a ayudar en los trabajos de asistencia y ayuda en la recepción de las personas.

La mayoría de las ONG que han estado trabajando en Grecia se muestran contrarias al Pacto y protestan airadamente<sup>16</sup>. Existen muchos ejemplos. Médicos Sin Fronteras se retira de Idomeni por la inseguridad y decide concluir su actividad en el campo de refugiados de Moria, en Lesbos, ya que, según sostienen, había pasado de ser un centro de acogida a convertirse de facto en un centro de expulsión<sup>17</sup>. El Comité Internacional de Rescate suspende varios programas de asistencia y salvamento después del Pacto. Save the Children rechaza participar en las maniobras de apoyo en Grecia. Amnistía Internacional denuncia que el acuerdo es “un golpe histórico contra los derechos humanos”<sup>18</sup>.

En esta misma dirección, la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR)<sup>19</sup>, denuncia el 4 de mayo de 2016 la vulneración de los derechos de los refugiados ante la Comisión Europea, el Consejo de Europa y el Defensor del Pueblo Europeo con el respaldo de casi 300 organizaciones y más de 11.000 personas firmantes. Poco después, el 11 de mayo, publica una serie de condiciones para garantizar los derechos y garantías de las personas solicitantes de asilo<sup>20</sup>.

El 19 de septiembre de 2016 se celebra en la Asamblea General de la ONU en Nueva York la Cumbre ONU sobre Migrantes y Refugiados. El propósito del entonces Secretario General, Ban Ki-moon, es establecer un sistema global de migraciones que establezca cuotas, protocolos claros de actuación y un reparto de responsabilidades equilibrado ante crisis humanitarias de refugiados como la que estamos viviendo en la actualidad. En sus propias palabras, afirmaba en la cumbre que: “Los refugiados y los migrantes no deben ser vistos como una carga, ellos tienen un gran potencial, si tan solo lo descubrimos”. En este mismo sentido, y a pesar de la dificultad de ofrecer una

---

<sup>16</sup> Sobre ello, véase: Redacción. “Las ONG se retiran en protesta por el acuerdo sobre los refugiados entre la UE y Turquía”. *Euronews*. 24 de marzo de 2016.

<<http://es.euronews.com/2016/03/24/que-pasara-ahora-tras-el-acuerdo-sobre-refugiados-entre-la-ue-y-turquia/>> [21 marzo 2017].

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Comisión Española de Ayuda al Refugiado. “CEAR denuncia junto a 300 organizaciones el acuerdo UE-Turquía”. *Nota de prensa*. 4 de mayo de 2016. Consultable en Web:

<<http://www.cear.es/cear-denuncia-junto-a-mas-300-organizaciones-el-acuerdo-ue-turquia/>> [21 marzo 2017].

<sup>20</sup> Comisión Española de Ayuda al Refugiado: “Por un cambio de rumbo que frene la violación de derechos de las personas migrantes y refugiadas”. *Boletín CEAR*. 11 de mayo de 2016. En Web:

<<http://www.cear.es/por-un-cambio-de-rumbo-que-frene-la-violacion-de-derechos-de-las-personas-migrantes-y-refugiadas/>> [21 marzo 2017].

respuesta adecuada ante un problema tan complejo, a juicio del Secretario General: “Hay que colocar los derechos humanos de todos los refugiados y migrantes en el corazón de nuestros compromisos”.

Las negociaciones de la Cumbre son largas y, por momentos, tensas. La tónica general es una negativa por parte de las delegaciones de los países miembro para llegar a compromisos concretos. Unión Europea y Rusia rechazan la posibilidad de ampliar las vías para ofrecer destinos seguros a los refugiados. EEUU presiona para eludir la mención expresa a las detenciones de menores en la frontera. El objetivo de concretar el número de personas a recibir por parte de cada estado, objetivo fundamental de la Cumbre, no se logra y, finalmente, los diferentes países miembro postergan el pacto Mundial sobre Refugiados hasta 2018 como mínimo.

Así las cosas, lo único que se obtiene en limpio de la Cumbre es una Declaración no vinculante. En ella, se plantean importantes medidas destinadas a gestionar la crisis de refugiados más eficientemente. Sin embargo, al no ser vinculante, queda en entredicho en qué medida estas medidas se van a llevar a cabo. Las más importantes son: reasentar y reunificar más refugiados, mayor financiación humanitaria, invertir en las comunidades que acogen gran número de refugiados, proveer de trabajo y educación a las personas acogidas, actuar sobre las causas de las migraciones forzadas y otorgar potestad a ACNUR para desarrollar un marco integral de ayuda a los refugiados. Todas estas medidas son valiosas. Sin embargo, al depender todas ellas de los estados y al no haberse comprometido estos de manera vinculante a llevarlas a cabo, no se puede asegurar que se vayan a materializar con la decisión, la intensidad y el alcance deseables.

Las reacciones ante la falta de un acuerdo sólido y resolutivo son notorias. Asociaciones de inmigrantes, ONG y múltiples organizaciones muestran públicamente su decepción y urgen a los líderes mundiales a tomar medidas. El Secretario General de Amnistía Internacional, Salil Shetty, hace una airada crítica lamentando que la Cumbre no concluyera en el esperado acuerdo global sobre refugiados. En este sentido, manifiesta que: “Los líderes mundiales no han estado a la altura y han formulado compromisos que siguen dejando a millones de personas refugiadas al borde del abismo”<sup>21</sup>. Ante la ausencia de un acuerdo claro sobre el número de personas que cada

---

<sup>21</sup> Amnistía Internacional : “Crisis de refugiados: La "Cumbre de Líderes" no muestra un liderazgo respecto a las personas refugiadas”. *Amnistía Internacional*. 21 de septiembre de 2016.

estado debería admitir, uno de los objetivos esperados de la cumbre, Shetty expresa que: “Los países ricos no pueden limitarse a prometer dinero y marcharse. Las 360.000 plazas de reasentamiento ofrecidas en el mundo deben verse en el contexto de las más de 20 millones de personas refugiadas en todo el mundo”<sup>22</sup>.

En la misma dirección se manifiesta el Director Ejecutivo de Human Rights Watch, Kenneth Roth, que califica la cumbre como una “oportunidad perdida”<sup>23</sup>. La Directora Ejecutiva de Oxfam Internacional, Winnie Byanyima, también insta a los países de acogida a implicarse con más intensidad: “Necesitamos ver a los países acogiendo a más refugiados y ofreciéndoles trabajo y educación”<sup>24</sup>. En este sentido, incide en la prevalencia de los acuerdos internacionales suscritos ante otros condicionantes de clave interna: “Muchos Gobiernos temen ver esta cuestión influyendo en sus agendas políticas pero deben cumplir sus obligaciones bajo la legislación internacional y demostrar empatía hacia los más vulnerables”<sup>25</sup>.

La reacción ciudadana ante la dramática situación que vivimos en esta crisis humanitaria de refugiados ha sido manifiesta. Al tiempo que han proliferado en Europa plataformas contrarias a la inmigración e incluso de extrema derecha, con un importante respaldo por parte de un sector de la sociedad, también se ha producido una reacción ciudadana de solidaridad, preocupación por los derechos humanos de los refugiados y creación de redes de apoyo. Existen ejemplos de ello en numerosos países europeos.

En Alemania, cientos de asociaciones independientes, compuestas por voluntarios de perfiles socioeconómicos muy heterogéneos, articulan acciones de acogida y ayuda a los refugiados. Sus actuaciones van desde la asistencia más urgente e inmediata hasta la ayuda en cuestiones de más largo plazo. Poseen un alto grado de organización y de información en tiempo real. Ejemplos de ello son “wie-kann-ich-helfen.info” (plataforma de ayuda) o “#welcome challenge helfer aktivieren helfer” (bienvenido el desafío: voluntarios activan voluntarios). Otra muestra es el proyecto Academic Experience Worldwide, de la Universidad Goethe, que ofrece una gran diversidad de recursos como guías de ayuda, red médica de estudiantes de medicina

---

<<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/crisis-de-refugiados-la-cumbre-de-lideres-no-muestra-un-liderazgo-respecto-a-las-personas-refugi>> [21 marzo 2017].

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Pozzi, Sandro y Ayuso, Sandra. “Los Gobiernos evitan asumir compromisos en la cumbre de la ONU sobre refugiados”. *El País*. 19 de septiembre de 2016.

<[http://internacional.elpais.com/internacional/2016/09/19/actualidad/1474295600\\_867075.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/09/19/actualidad/1474295600_867075.html)> [21 marzo 2017].

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

voluntarios, maestros voluntarios, clases de bienvenida, proyectos de integración y encuentros universitarios.

En Italia, el 11 de septiembre de 2015, miles de personas de más de 60 ciudades salieron a la calle en la “Marcha de las mujeres y hombres descalzos”<sup>26</sup> para protestar por la situación de las personas refugiadas y pedir al Gobierno solidaridad, acogida, mejora de sus condiciones y soluciones eficaces.

En España, han sido numerosas las organizaciones y asociaciones locales. También ha habido un aumento de las donaciones y colaboración con asociaciones y ONG. Desde múltiples foros se ha pedido una mayor implicación y el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de asilo: ACNUR, CEAR, Change.org, etc. Importante papel han tenido, asimismo, las redes ciudadanas de acogida, normalmente en colaboración con asociaciones e instituciones. Las redes de ciudades-refugio son también una muestra de colaboración entre ayuntamientos y ciudadanos para favorecer la acogida. Esta colaboración se ha materializado, entre otras cosas, en la cesión de instalaciones y recursos públicos, personal asistencial, partidas económicas. Existen ejemplos de ello en Madrid, Barcelona, Valencia, A Coruña, Galicia, Zaragoza, Málaga, Pamplona, etc.

La crisis humanitaria de refugiados que estamos viviendo en los últimos años ha puesto de manifiesto la necesidad de crear un sistema global de gestión de las migraciones. Hasta el momento, todos los intentos de acometer dicha empresa han sido infructuosos. Los estados se resisten a ceder parte de su soberanía en una materia tan delicada como la gestión de la extranjería, los intereses de los países en este terreno son muy dispares, la percepción social del fenómeno también es muy diversa. Existen numerosos motivos para esta falta de entendimiento. Pero mientras no logremos una respuesta global, no se va a dar solución a una emergencia cuyo número de víctimas crece exponencialmente. La polarización de la política a nivel europeo y mundial que estamos presenciando en los últimos años y las políticas llevadas a cabo en materia de inmigración no nos permiten ser muy optimistas. Sin embargo, a la vez que la opinión pública se encuentra cada vez más fragmentada, se ha producido una reacción ciudadana de solidaridad y defensa de los derechos de los refugiados. Esta reacción ha servido para reivindicar los derechos humanos, incitar a los gobiernos a tomar medidas

---

<sup>26</sup> Sobre la marcha y su organización, véase: <<http://donneuominiscalzi.blogspot.com.es/p/lista-generale.html>> [18 marzo 2017].

más eficientes y percibir cómo es posible gestionar las migraciones de manera coherente con los tratados internacionales y los derechos de las personas.

### Referencias Bibliográficas

- Aguelo Navarro, P. y Chueca Sancho, A. G. “La reforma de la Ley de Extranjería, una visión crítica desde los Derechos Humanos: (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)”. En: *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. Nº. 22. 2009. Pp. 109-145.
- Blanco, Cristina. *Las migraciones contemporáneas*. Madrid: Alianza, 2000.
- Cachón, L. y Laparra, M. *Inmigración y políticas sociales*. Barcelona: Ed. Bellaterra, 2009.
- Ferrero, Ruth. “¿La UE como actor en las políticas de inmigración de los Estados Miembros? Una aproximación al escenario euromediterráneo”, En Zapata-Barrero, R. y Pinyol, G. (Eds.): *Los gestores del proceso de inmigración. Actores y redes de actores en España y Europa*. Barcelona: Fundación CIDOB, 2008. Pp. 13-22.
- Frattini, Franco. “La Política de Migración de la UE: del Programa de La Haya a los importantes logros actuales”. En revista: *Mediterráneo Económico*. Nº. 12. 2007. Pp. 191-200.
- Garrido Rodríguez, Pedro. *Inmigración y diversidad cultural en España. Su gestión desde la bonanza económica a la crisis*. Madrid: Ed. Fundamentos, 2014.
- Lacomba, Josep. *Historia de las Migraciones Internacionales. Historia, geografía, análisis e interpretación*. Madrid: Ed. Catarata, 2008.
- Lucas, Javier de. *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant Humanidades, 2015.
- Malgesini Rey, Graciela (et al.) (2007). *Guía básica del codesarrollo: qué es y cómo participar en él*. Madrid: CIDEAL, 2007.
- Molina Martín, Amparo M. “La política comunitaria de inmigración económica”. En: Molina Navarrete, Cristóbal, Pérez Sola, Nicolás y Esteban de la Rosa, Gloria: *Inmigración e integración de los extranjeros en España*. Madrid: Difusión Jurídica, 2009. Pp. 179-247.

- Naïr, Sami. *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*. Barcelona: Ed. Crítica, 2016.
- Pando Ballesteros, M<sup>a</sup> Paz; Muñoz Ramírez, Alicia y Garrido Rodríguez, Pedro (dirs. y eds.). *Pasado y Presente de los Derechos Humanos. Mirando al Futuro*. Madrid: Ed. Los Libros de la Catarata, 2016.
- Pérez Sola, N. “La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería: comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000”. En: *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. Nº 17. 2008. Pp. 33-58.
- Rius Sant, Xavier. *El libro de la inmigración en España*. Córdoba: Ed. Almuzara, 2007.
- Vela Díaz, R. “La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la "Ley de extranjería": puntos críticos desde el prisma laboral”. En: *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Nº. 326. 2010. Pp. 5-26.
- Zapata-Barrero, R. y Pinyol, G. (Eds.). *Los gestores del proceso de inmigración. Actores y redes de actores en España y Europa*. Barcelona: Fundación CIDOB, 2008.
- Zapata-Barrero, Ricard; González, Elisabet y Sánchez Montijano, Elena. *El discurso político en torno a la inmigración en España y en la Unión Europea*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.

### **Fuentes normativas, políticas y documentos de trabajo**

- Comisión Europea. “Acuerdos de la cumbre de La Valeta”. *Portal de prensa de la Comisión Europea*. 12 de noviembre de 2015. <[http://ec.europa.eu/spain/actualidad-y-prensa/noticias/justicia-libertad-y-seguridad/cumbre-valeta-acuerdos\\_es.htm](http://ec.europa.eu/spain/actualidad-y-prensa/noticias/justicia-libertad-y-seguridad/cumbre-valeta-acuerdos_es.htm)> [18 marzo 2017].
- Consejo Europeo. “Conclusiones del Consejo Europeo, 17 y 18 de marzo de 2016”. *Comunicado de prensa 143/16*. 18 de marzo de 2016. Consultable en Web: <<http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-european-council-conclusions/>> [16 marzo 2017].
- Consejo Europeo. “Cumbre de La Valeta sobre migración, 11-12.11.2015- Declaración Política”. *Portal del Consejo Europeo*. 12 de noviembre de 2015. <<http://www.consilium.europa.eu/es/meetings/international-summit/2015/11/11-12/>> [19 marzo 2017].

Consejo Europeo. “Cumbre de La Valeta sobre migración, 11-12.11.2015- Plan de Actuación”. Portal del Consejo Europeo. 12 de noviembre de 2015. <<http://www.consilium.europa.eu/es/meetings/international-summit/2015/11/11-12/>> [19 marzo 2017].

Consejo Europeo. “Declaración UE-Turquía, 18 de marzo de 2016”. *Comunicado de prensa 144/16*. 18 de marzo de 2016. Consultable vía Web en: <<http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>> [16 marzo 2017].

### Artículos de prensa

Agencia EFE. “La UE decide triplicar los fondos de la misión en el Mediterráneo”. *El Mundo*. 23 de abril de 2015.

<<http://www.elmundo.es/internacional/2015/04/23/55394e2822601dd40b8b456d.html>> [18 marzo 2017].

Agencias. “Turquía niega las acusaciones de AI y rechaza estar deportando refugiados a Siria”. *El Mundo*. 3 de abril de 2016.

<<http://www.elmundo.es/internacional/2016/04/03/5700e87422601da04c8b4656.html>> [21 marzo 2017].

Amade, Emilio. “El reparto de los refugiados y su procedencia”. *El Mundo*. 9 de septiembre de 2015.

<http://www.elmundo.es/grafico/internacional/2015/09/09/55f0291e268e3eef128b4581.html> [18 marzo 2017].

Amnistía Internacional. “Crisis de refugiados: La "Cumbre de Líderes" no muestra un liderazgo respecto a las personas refugiadas”. *Amnistía Internacional*. 21 de septiembre de 2016. <<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/crisis-de-refugiados-la-cumbre-de-lideres-no-muestra-un-liderazgo-respecto-a-las-personas-refugi/>> [21 marzo 2017].

Amnistía Internacional. “La Cumbre UE-África de La Valeta no debe disfrazar el control fronterizo de ‘cooperación’”. *Portal Web de Amnistía Internacional*. 10 de noviembre de 2015. <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2015/11/eu-africa-summit-in-valetta/>> [19 marzo 2017]

Comisión Española de Ayuda al Refugiado. “CEAR denuncia junto a 300 organizaciones el acuerdo UE-Turquía”. *Nota de prensa*. 4 de mayo de 2016. Consultable en Web:

<<http://www.cear.es/cear-denuncia-junto-a-mas-300-organizaciones-el-acuerdo-ue-turquia/>> [21 marzo 2017].

Comisión Española de Ayuda al Refugiado. “Por un cambio de rumbo que frene la violación de derechos de las personas migrantes y refugiadas”. *Boletín CEAR*. 11 de mayo de 2016. En Web:

<<http://www.cear.es/por-un-cambio-de-rumbo-que-frene-la-violacion-de-derechos-de-las-personas-migrantes-y-refugiadas/>> [21 marzo 2017].

Cruz, Marisa. “Rajoy afirma que España moderó el acuerdo migratorio entre la UE y Turquía”. *El Mundo*. 6 de abril de 2016.

<<http://www.elmundo.es/espana/2016/04/06/5704c03de2704e463b8b459c.html>> [21 marzo 2017].

Europa Press. “Juncker pide a los líderes europeos triplicar los fondos para las operaciones en el Mediterráneo”. *El Mundo*. 23 de abril de 2015.

<<http://www.elmundo.es/internacional/2015/04/23/5539408a268e3eb3388b4577.html>> [18 marzo 2017].

Galarraga, Naiara. “Devolución de refugiados, uno por uno... Las claves del acuerdo UE-Turquía”. *El País*. 4 de abril de 2016.

<[http://internacional.elpais.com/internacional/2016/04/03/actualidad/1459718006\\_987997.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/04/03/actualidad/1459718006_987997.html)> [21 marzo 2017].

Pozzi, Sandro y Ayuso, Sandra. “Los Gobiernos evitan asumir compromisos en la cumbre de la ONU sobre refugiados”. *El País*. 19 de septiembre de 2016.

<[http://internacional.elpais.com/internacional/2016/09/19/actualidad/1474295600\\_867075.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/09/19/actualidad/1474295600_867075.html)> [21 marzo 2017].

Redacción. “Las ONG se retiran en protesta por el acuerdo sobre los refugiados entre la UE y Turquía”. *Euronews*. 24 de marzo de 2016.

<<http://es.euronews.com/2016/03/24/que-pasara-ahora-tras-el-acuerdo-sobre-refugiados-entre-la-ue-y-turquia/>> [21 marzo 2017].

Redacción RTVE.es. “La UE se queda corta en el fondo de ayuda de emergencia para África acordado en Malta”. *RTVE.es*. 12 de noviembre de 2015:

<<http://www.rtve.es/noticias/20151112/cumbre-malta-ue-se-queda-corta-fondo-ayuda-emergencia-para-africa/1252921.shtml>> [18 marzo 2017].

Suanzes, Pablo R. “Europa cierra sus puertas desde este domingo”. *El Mundo*. 19 de marzo de 2016.

<<http://www.elmundo.es/internacional/2016/03/18/56ec122722601d06708b4639.html>>. [21 marzo 2017].

Suanzes, Pablo R. “La UE expulsará a Turquía a los refugiados que lleguen a Grecia”. *El Mundo*. 8 de marzo de 2016.

<[http://www.elmundo.es/internacional/2016/03/08/56de226e46163f46418b457a.html?cid=MNOT23801&s\\_kw=la\\_ue\\_expulsara\\_a\\_turquia\\_a\\_los\\_refugiados\\_que\\_lleguen\\_a\\_grecia](http://www.elmundo.es/internacional/2016/03/08/56de226e46163f46418b457a.html?cid=MNOT23801&s_kw=la_ue_expulsara_a_turquia_a_los_refugiados_que_lleguen_a_grecia)>. [21 marzo 2017].

Suanzes, Pablo R. “La UE fracasa y no logra un acuerdo sobre la crisis de los refugiados”. *El Mundo*. 15 de septiembre de 2015.

<<http://www.elmundo.es/internacional/2015/09/14/55f7293b22601d76418b4597.html>> [15 marzo 2017].

Suanzes, Pablo R. “Turquía sube el precio de su colaboración: otros 3.000 millones y liberación de visados en junio”. *El Mundo*. 7 de marzo de 2016.

<<http://www.elmundo.es/internacional/2016/03/07/56ddb8db46163ffd4c8b467b.html>>. [21 marzo 2017].

## VII. EL DERECHO A LA CULTURA



# **DIVERSIDADE E DIÁLOGO INTERCULTURAL**

## **DIVERSITY AND INTERCULTURAL DIALOGUE**

Maria Manuela Tavares Ribeiro  
*Universidade de Coimbra*

**Resumo:** O encontro intercultural, as relações entre o Eu e o Outro são influenciadas, bem o sabemos, por representações sociais, preconceitos, projecções culturais, ideológicas e políticas.

O mesmo é dizer que o encontro intercultural se inscreve num movimento de confrontação com a alteridade.

Isto significa que a pluralidade e a heterogeneidade como a multiplicidade de pertenças e de referências não podem pressupor exclusividade ou exclusão, mas devem coexistir de um modo plural, contínuo e complementar.

**Palavras-chave:** Interculturalidade, Diversidade cultural, Multiculturalismo, Diálogo cultural, Portugal.

**Abstract:** The intercultural encounter, the relations between the Self and the Other are influenced, as we know, by social representations, prejudices, cultural, ideological and political projections.

That is to say that the intercultural encounter is inscribed in a movement of confrontation with otherness.

This means that plurality and heterogeneity such as multiplicity of belonging and references can't presuppose exclusivity or exclusion, but must coexist in a plural, continuous and complementary way.

**Keywords:** Interculturality, Cultural diversity, Multiculturalism, Cultural dialogue. Portugal.

### **1. Introducción**

A Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, reunida em Paris de 17 de Outubro a 23 de Novembro de 1974, na sua 18.<sup>a</sup> reunião, propõe nos seus princípios a compreensão e o respeito de todos os povos, culturas, civilizações, valores e modos de vida. Acrescenta ainda a capacidade de comunicação e o direito à educação. Pode e deve contribuir-se, deste modo, para a compreensão internacional e o fortalecimento da paz mundial.

No que diz respeito aos aspectos culturais (V.17.), o documento refere que os Estados Membros deveriam promover em diversas etapas e por distintos tipos de educação, o estudo das diferentes culturas, as suas influências recíprocas, as suas perspectivas e modos de vida a fim de estimular o reconhecimento recíproco das suas diferenças. Compreende-se, assim, que se dê a devida importância ao ensino das línguas, das civilizações e dos patrimónios culturais estrangeiros como um meio de

promover a compreensão internacional e intercultural. A esta luz, como refere a *Recomendação* da referida Conferência Geral da ONU para a Educação, a Ciência e a Cultura, (VI, 22) deveriam intensificar-se os esforços para desenvolver e infundir uma dimensão internacional e intercultural em todas as etapas e em todas as formas de educação<sup>1</sup>.

## 2. Multiculturalismo, Interculturalidade

O encontro intercultural, as relações entre o Eu e o Outro são influenciadas, bem o sabemos, por representações sociais, preconceitos, projecções culturais, ideológicas e políticas.

O mesmo é dizer que o encontro intercultural se inscreve num movimento de confrontação com a alteridade. Se é fonte de enriquecimento, é igualmente fonte de ambivalências, de crises, de tensões, de conflitos. Ora, a resolução destas tensões e conflitos são objecto de preocupações de vários organismos internacionais, entre eles, a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), a Organização Internacional das Migrações (OIM), a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), o Conselho da Europa (CE) e de organismos nacionais, como, por exemplo, o Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI).

De facto, a globalização e os movimentos migratórios têm propiciado os contactos interculturais na sociedade contemporânea. Contactos estes que permitem convivência, comunicação entre indivíduos, entre grupos de culturas diferentes, de coabitação cultural, de abertura de fronteiras, mas também provocam tensões e conflitos que deles decorrem.

Nas palavras de Wolton<sup>2</sup> “aprender a gerir a diversidade cultural constitui a verdadeira riqueza das sociedades futuras”. Isto significa que a pluralidade e a heterogeneidade como a multiplicidade de pertenças e de referências não podem pressupor exclusividade ou exclusão, mas devem coexistir de um modo plural, contínuo e complementar. Ou seja, num processo dialéctico do *Eu* e do *Outro* em que se reconhecem as identidades e a alteridade. A interculturalidade resulta da reunião do universal e do particular. Assim sendo, a diversidade e a alteridade, na perspectiva

---

<sup>1</sup> Veja-se García Moriyón, Félix. *Derechos Humanos y Educación*. Madrid: Ed. de la Torre, 1999, pp. 359-370.

<sup>2</sup> Wolton, Dominique. *L'autre mondialisation*. Paris: Flammarion, 2003.

intercultural, devem estar no âmago da educação, da comunicação, do desenvolvimento social e humano. Partilham-se tradições culturais, espaços, competências, recursos, no quadro de uma sociedade aberta, plural, solidária, logo, oportunidade de enriquecimento e de comunicação num mundo global.

São elucidativas as palavras de Jacques Delors: “é necessário assumir a diversidade e a multipertença como uma riqueza. A educação para a pluralidade é um enriquecimento cultural e cívico das sociedades contemporâneas<sup>3</sup>”.

A interculturalidade é, pois, um desafio capaz de reconhecer e valorizar a diferença. Mais do que respeito mútuo e solidariedade, a interculturalidade consubstancia-se na interação significativa das culturas em presença.

O desafio cultural que ainda hoje se coloca à Europa é a escolha entre uma sociedade multicultural ou intercultural. O verdadeiro desafio consiste em passar do multicultural ao intercultural, isto é, reconhecer e valorizar a diferença. Nenhuma cultura deve ser “intrusa”. Antonio Perotti é muito claro: “O conhecimento do contributo de todas as civilizações para o pensamento humano, para a racionalidade é o ponto de partida essencial do intercultural<sup>4</sup>”. A crise vivida na Europa, chamemos-lhe o “dilema europeu”, não é tanto uma crise do multiculturalismo – é uma crise de identidades nacionais, fixadas, homogêneas, compactas, em suma, é uma crise do monoculturalismo<sup>5</sup>.

O multiculturalismo encerra em si mesmo factores de discriminação. Já a multiculturalidade aproxima-se mais e compreende-se parcialmente com a interculturalidade. Pressupõe mesmo convivência e respeito mútuo entre culturas. Com a interculturalidade há, deve haver, laços de partilha entre indivíduos e grupos. Veja-se, por exemplo, a língua. É um dos elos fundamentais para que a interculturalidade seja posta em prática, ou seja, numa integração de forma participada.

A União Europeia, projecto que envolve 28 países e 500 milhões de pessoas, que falam 24 línguas oficiais diferentes (60 línguas regionais ou minoritárias), a questão da língua é um desafio político, cultural, educacional, comunicacional, desafio à diversidade cultural, ao diálogo intercultural e à coabitação cultural. Daí que a linguagem tenha uma função primordial. Compreende-se, pois, que a língua seja um

---

<sup>3</sup> Delors, J. *et. al. Educação um tesouro a descobrir*. Relatório para a UNESCO. Comunicação Internacional sobre a Educação para o século XXI. Porto: Ed. Asa, 1996.

<sup>4</sup> Perotti, Antonio. *A Apologia do Intercultural*. Lisboa: Secretariado Entreculturas, 1997, p. 23.

<sup>5</sup> Bertossi, Christophe. *As cruzadas da integração na Europa*. Lisboa: Principia, 2012, pp. 164-165.

instrumento fundamental para a comunicação e para a integração das diversas culturas e grupos minoritários.

O ensino das línguas é, portanto, um instrumento de prevenção e resolução de conflitos e de promoção da comunicação intercultural<sup>6</sup>.

### 3. Divisões europeias e interculturalidade

Cada cultura vale por si própria e, juntas, enriquecem-se umas às outras. Por isso mesmo, a interculturalidade pressupõe o reconhecimento dos contributos de todos, também das minorias e dos emigrantes<sup>7</sup>.

Como sabemos, a alteridade, o *Outro*, o estrangeiro são, em geral, concebidos como alguém que desestabiliza a identidade e provoca a desintegração da cultura dominante. Nas palavras de Wieviorka: “A violência contemporânea situa-se no cruzamento do social, do político e do cultural do qual ela exprime correntemente as transformações e a eventual desestruturação”<sup>8</sup>.

Prevenir os perigos e conflitos foi um apelo do Conselho da Europa, por exemplo, em 2001. Igualmente a UNESCO adopta em 2005 a *Convenção para a Protecção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais*, primeiro documento internacional com valor jurídico a estatuir a importância da cultura e da diversidade cultural no âmbito da cooperação internacional, das relações interculturais e dos direitos humanos.

A diversidade cultural integra cada vez mais todos os domínios da esfera pública o que é reconhecido pela UNESCO na *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*, art. 3.

Em novos contextos sociais, familiares, demográficos, ambientais, laborais, políticos, há novas configurações da interculturalidade.

A mobilidade e os percursos migratórios são hoje mais complexos, atingindo todos os países, géneros, classes sociais e gerações.

Não esqueçamos, todavia, que o conflito faz parte integrante da sociedade, como tal, é mais necessário conhecê-lo para o enfrentar. Por isso torna-se importante

---

<sup>6</sup> Ramos, Natália. “Educar para a interculturalidade e cidadania: princípios e desafios”. Em Alcorofado, Luís et al. (coords.). *Educação e formação de adultos: políticas, práticas e investigação*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 195.

<sup>7</sup> Bäckström, Bárbara e Castro-Pereira, Sofia. “A questão migratória e as estratégias de convivência entre culturas diferentes em Portugal”. *Rev. Inter. Mob. Hum.* 2012, Ano XX, 38, pp. 83-100.

<sup>8</sup> Wieviorka, Michel. “O novo paradigma da violência”. *Tempo Social*, 1997, 9 (1), pp. 5-41.

educar para a interculturalidade, cidadania e cultura da paz; favorecer a comunicação, reflectir sobre padrões de actuação<sup>9</sup>.

Muitos casos de mobilidade, de migração e de exílio caracterizam-se pela violência exclusivista ou assimiladora. No mundo globalizado de hoje os indivíduos continuam a migrar, dentro ou para fora dos seus territórios, em busca de melhores perspectivas e condições de vida. Este é um direito humano consagrado no artigo 13.º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* adoptada em 1948 pela ONU.

Outras iniciativas foram tomadas, promovidas pela Comissão Europeia e pelo Conselho da Europa, em 1997, como o *Ano Europeu contra o Racismo e a Xenofobia* e, em 2008, com o *Ano Europeu do Diálogo Intercultural* e com o Projecto Europeu *Cidades Interculturais*. Este Projecto tinha como objectivo analisar o impacto da diversidade cultural e das migrações nas cidades europeias. Pensou-se, desta maneira, fazer da cidade um espaço aberto e um lugar privilegiado de diálogo intercultural.

#### **4. Diversidade cultural – o caso português**

Portugal, país tradicional de emigração, tem vindo a ser um país de imigração – hoje, de novo, país de emigração<sup>10</sup>.

Nos anos 70 a população emigrante em Portugal representava 5% da população residente (435.000). A comunidade mais numerosa era a brasileira, seguida da cabo-verdiana, ucraniana, angolana, guineense, Reino Unido, romena (19.155), espanhola, moldava<sup>11</sup>.

Em Portugal, registou-se um número crescente da população imigrante proveniente de 179 países, de diferentes continentes, sobretudo de África (PALOP), da América Latina (Brasil) e da Europa de Leste (Ucrânia, Roménia, Moldávia). Isto significa que a sociedade e os diferentes sectores sociais, particularmente a instância educativa e a escola, sejam confrontados com uma grande heterogeneidade linguística e cultural dos seus alunos, o que exige a adopção de estratégias e políticas adequadas

---

<sup>9</sup> Sleeter, Christine E. *Empowerment through multicultural education*. Albany: State University of New York, 1991.

<sup>10</sup> Segundo o *Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2010* e *Migrant Integration Policy Index – MIPEX*, Portugal está logo a seguir à Suécia e antes do Canadá como exemplar nas políticas de integração de imigrantes.

<sup>11</sup> Ramos, Natália. “Diversidade cultural, educação e comunicação intercultural – políticas e estratégias de promoção do diálogo intercultural”. *Revista Educação em Questão*, 2009, (34), 20, pp. 9-32. Veja-se Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, *A população estrangeira residente em Portugal. Relatório de imigração, fronteiras e asilo*. Lisboa, 2010.

para fazer face a esta nova realidade. Exige-se mesmo a adequação escolar à realidade social e multicultural e a sua articulação com as famílias e a comunidade em que está inserida.

Lembre-se que a Comissão Europeia foi promovendo iniciativas ao nível legislativo e dos sistemas e políticas educativas – formação dos agentes educativos, professores e outros<sup>12</sup>.

No caso português, ao nível institucional, para fazer face à diversidade cultural e linguística, várias medidas têm sido promovidas desde os anos 90. Vejamos alguns exemplos:

- criação em 1991 do *Secretariado Coordenador dos Programas de Educação Multicultural*, com o objectivo de preparar a escola da diversidade cultural e da sociedade multicultural
- criação em 1995 do *Alto Comissário para a Imigração e Minorias Étnicas* (ACIME)
- criação em 1996 de *Territórios Educativos de Intervenção Prioritária* (combater a exclusão escolar)
- criação em 1998 dos *Mediadores Sócio-Culturais* (escola, família, sociedade e comunidade de origem)
- criação em 1998 do projecto *Pelas Minorias* (reforço da identidade cultural)
- criação em 2004/2005 do *Plano Português Língua não Materna* (melhoramento do português)
- em 2004, foi criado o *Centro Nacional de Apoio ao Imigrante* (CNAI) e o *Observatório da Imigração* (ACIDI). Este *Observatório* é um catalisador de actividades científicas, culturais, sociais e é promotor de cooperação académica, científica e institucional.
- em 2006, o Ministério da Educação legisla sobre as condições sociais e pedagógico-didácticas que facilitam o acesso à escola de alunos estrangeiros.
- em 2007, o *Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural, Instituto Público* (ACIDI, I.P.)

---

<sup>12</sup> Relatório Eurydice, *Integration immigrant children into schools in Europe*. Cf. Comissão Europeia, *Igualdade e combate à discriminação na União Europeia alargada. Livro Verde*, Luxemburgo, Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2004.

Em Portugal, a grande maioria dos alunos estrangeiros do ensino primário e secundário concentra-se em Lisboa e arredores.

Segundo os dados do *Observatório Português da Ciência e do Ensino Superior*, o número de estrangeiros inscritos no ensino superior tem vindo a aumentar: a maioria de Angola, de Cabo Verde, do Brasil. O programa Socrates-Erasmus reforça essa dimensão europeia e transnacional da educação.

No contexto da Educação e da Comunicação, as recomendações da *Comissão Internacional sobre a Educação para o século XXI* sugerem quatro paradigmas de aprendizagem: aprender a ser; aprender a conhecer; aprender a fazer e a intervir; aprender a viver juntos<sup>13</sup>. A pluralidade, a heterogeneidade e a conflitualidade dos mundos contemporâneos exigem – reafirmo – aprender a viver a multiplicidade de culturas, pertenças e referências, não sob a forma de dicotomias, exclusão e conflito, mas de um modo plural, interactivo, complementar e cooperativo.

Os CNAI, (*Centro Nacional de Apoio ao Imigrante*), reúnem instituições, gabinetes, espaços e serviços de apoio. Têm também mediadores de diferentes origens, com experiências migratórias idênticas. Os mediadores possibilitam que o atendimento seja realizado em várias línguas e dialectos. Têm ainda um *Serviço de Tradução Telefónica*, que cobre dezenas de idiomas.

Existe, em Portugal, desde 2003, a *Rede de Centros Locais de Apoio à Integração de Imigrantes* (CLAI) com centros distribuídos por Portugal, que apoia os imigrantes em questões de trabalho, saúde, educação. A nível local há, pois, este atendimento mais próximo do imigrante.

O *Plano para a Integração dos Imigrantes* (PII), criado em 2007, tem vindo a atingir níveis superiores de integração (trabalho, habitação, saúde, educação, racismo, igualdade de género, cidadania).

Em conclusão, a perspectiva intercultural deverá ser integrada numa perspectiva mais ampla de construção da sociedade e da igualdade de oportunidades, devendo estar no centro do processo educativo e do desenvolvimento humano e social. Em suma, as relações interculturais são um desafio e oportunidade de enriquecimento e de cidadania num mundo global e numa sociedade aberta, plural e solidária. Mas com novos desafios e problemas nos confrontamos – entre a

---

<sup>13</sup> Delors, Jacques *et. al.*. *Educação: um tesouro...* Leia-se Ramos, Natália. “Sociedades multiculturais, interculturalidade e educação. Desafios pedagógicos, comunicacionais e políticos”. *Revista Portuguesa de Pedagogia*, 2007, n.º 41-3, pp. 223-244.

convergência cultural e a afirmação cada vez maior das próprias culturas. Assim sendo, deve sublinhar-se que a interculturalidade implica uma atitude transformativa e uma (re)configuração ininterrupta na relação entre *Eu* e *o(s) Outro(s)*<sup>14</sup>.

### Referencias Bibliográficas

Bäckström, Bárbara e Castro-Pereira, Sofia. “A questão migratória e as estratégias de convivência entre culturas diferentes em Portugal”. *Rev. Inter. Mob. Hum.* 2012, Ano XX, 38.

Bertossi, Christophe. *As cruzadas da integração na Europa*. Lisboa: Principia, 2012.

Delors, J. et. al.. *Educação: um tesouro a descobrir*. Relatório para a UNESCO. Comunicação Internacional sobre a Educação para o século XXI. Porto: Ed. Asa, 1996.

García Moriyón, Félix. *Derechos Humanos y Educación*. Madrid: Ed. de la Torre, 1999.

Perotti, Antonio. *A Apologia do Intercultural*. Lisboa: Secretariado Entreculturas, 1997.

Ramos, Natália. “Diversidade cultural, educação e comunicação intercultural – políticas e estratégias de promoção do diálogo intercultural”. *Revista Educação em Questão*, 2009, (34), 20.

----- “Educar para a interculturalidade e cidadania: princípios e desafios”. (coord. de Luís Alcoforado et. al.). *Educação e formação de adultos: políticas, práticas e investigação*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

----- “Sociedades multiculturais, interculturalidade e educação. Desafios pedagógicos, comunicacionais e políticos”. *Revista Portuguesa de Pedagogia*, 2007, n.º 41-3.

*Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo* (RIFA), Serviços de Estrangeiros e Fronteiras (SEF), 2010.

Relatório Eurydice, *Integrating immigrant children into schools in Europe*. Cf. Comissão Europeia, *Igualdade e combate à discriminação na União Europeia alargada. Livro Verde*, Luxemburgo, Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2004.

---

<sup>14</sup> Bäckström, Bárbara e Castro-Pereira, Sofia. “A questão migratória e as estratégias...”, pp. 96-97.

Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, *A população estrangeira residente em Portugal*.

*Relatório de imigração, fronteiras e asilo*, Lisboa, 2010.

Sleeter, Christine E.. *Empowerment through multicultural education*. Albany: State University of New York, 1991.

Wieviorka, Michel. “O novo paradigma da violência”. *Tempo Social*, 1997, 9 (1).

Wolton, Dominique. *L'autre mondialisation*. Paris: Flammarion, 2003.



## VIII. DERECHOS DE LAS MUJERES



## **TRANSGENERIDAD Y PROSTITUCIÓN EN HERMOSILLO, SONORA (MÉXICO): UN DERECHO A SER**

## **TRANSGENERITY AND PROSTITUTION IN HERMOSILLO, SONORA (MEXICO): A RIGHT TO BE**

Dominique Gay-Sylvestre  
*Universidad de Limoges, Francia. Dir. Red internacinoal ALEC*

**Resumen :** Entre 2012 y 2014, la autora del artículo realizó un trabajo de campo antropológico, a partir de una serie de entrevistas en el mundo de los transgéneros en Hermosillo, capital del estado de Sonora (México). En esta región que aún conserva fuertes rasgos de conservadurismo y puritanismo, a diferencia de lo que, por lo general, ocurre en la capital de la nación, los transgéneros sufren de una discriminación a la hora de encontrar trabajo, lo que les obliga, en algunos casos, a valerse del trabajo sexual para sobrevivir.

En el texto que viene a continuación, no se pretende aportar una solución que – ésta ha de ser estudiada con mucho cuidado y cautela. Se trata, sobre todo, de alertar sobre un fenómeno de sociedad que hay que tener en cuenta, cuando de derechos humanos se trata y de igualdad de trato entre todos los ciudadanos.

**Palabras clave :** Transgénero, Prostitución, Derecho laboral, Derechos Humanos.

**Abstract:** Between 2012 and 2014 the author of the article did anthropological fieldwork consisting of a series of interviews to transgender people in Hermosillo, the capital of the state of Sonora in Mexico. Contrary to the general situation in Mexico City, this northern region still shows deeply-rooted features of conservatism and puritanism—transgender people suffer from strong discrimination when looking for a job and this forces them, occasionally, to resort to sex work in order to survive.

The present article does not aim at providing a solution to this problem as this needs extremely comprehensive and exhaustive observation. It wants, above all, to alert about a societal phenomenon that needs to be taken into account when dealing with human rights and equal opportunity since all citizens should be treated similarly.

**Key words:** Transgender, Prostitution, Right to work, Human Rights

Tengo que mejorar, tengo que superar,  
tengo que convencerme  
de que merezco ser  
lo que soy<sup>1</sup>.

Febrero 2014, dos de la madrugada... uno tras otro los carros de los inspectores de salud municipales, de los 2 representantes de la Comisión de Derechos Humanos y la furgoneta de la policía municipal se dirigen hacia las calles ya casi desiertas del centro de la capital sonorensa, Hermosillo. Desde las 11 de la noche del viernes, el operativo organizado por la Dirección de Salud Pública Municipal ha iniciado el registro de unas

---

<sup>1</sup> Raúl in Gay-Sylvestre, D. *Laura-Raúl: como un hombre que soy*. Culiacán, Ediciones del lirio, 2015, p. 100.

salas de masajes, casas de huéspedes y *table dance*, en busca de eventuales contraventoras al *Bando de Policía y Gobierno para el Municipio de Hermosillo*.

La prostitución no es un delito en Sonora, pero se requiere, para poder practicarla, una tarjeta sanitaria: única y obligada garantía de que las y los que ejercen el sexo servicio, lo hacen en condiciones óptimas de salud para el cliente. De lo contrario, la Dirección de Salud Pública Municipal tiene toda autoridad para “Sancionar las conductas violatorias” y las “leyes respectivas en materia de salud pública” y, por consiguiente, para “remitir a la autoridad” correspondiente “a las personas que infrinjan cualquier legislación y reglamentación vigente y aplicable”<sup>2</sup>.

En efecto,

[...] a la persona que sea sorprendida ejerciendo u ofreciendo el sexo servicio sin estar registrada, o sin tarjeta sanitaria, o sin tarjeta referida vigente, el inspector de la Dirección de Salud le dará una notificación para que se presente el día siguiente hábil a la Dirección de Salud del Municipio a realizar sus trámites<sup>3</sup>.

En cambio,

En caso de que dicha persona se negara a cumplir con lo antes señalado, será apercibida por el inspector de salud para que deje de insistir en ejercer u ofrecer el sexo servicio. En consecuencia, si se le vuelve a sorprender, será trasladada de inmediato por orden de la dirección de salud, ante la presencia del Juez Calificador, para que se califique la falta y sea aplicada la sanción<sup>4</sup>.

Es grave la reincidencia, no solo desde un punto de vista penal sino que puede afectar sobremanera el cotidiano y el entorno familiar cercano de las trabajadoras del sexo.

El Jardín Juárez<sup>5</sup>, uno de los lugares predilectos para los que ejercen el sexo servicio, se halla vacío a estas horas de la madrugada, pero la radio transmisora de los policías ha notificado la presencia de unas sexo servidoras esperando al cliente, en una de las calles adyacentes, así que es preciso acudir al lugar.

A solicitud mía, las autoridades municipales, enteradas de mis investigaciones sobre el sexo servicio en Hermosillo, han aceptado que las acompañe en el operativo y

---

<sup>2</sup> Bando de Policía y Gobierno para el Municipio de Hermosillo. In *Boletín Oficial del Gobierno del Estado*, el Lunes 29 de Noviembre de 1999, p. 19.

<sup>3</sup> Bando de Policía y Gobierno para el Municipio de Hermosillo. In *Boletín Oficial del Gobierno del Estado*, el Lunes 29 de Noviembre de 1999, p. 20.

<sup>4</sup> Bando de Policía y Gobierno para el Municipio de Hermosillo. In *Boletín Oficial del Gobierno del Estado*, el Lunes 29 de Noviembre de 1999, pp. 20-21.

<sup>5</sup> Lugar, en el centro de Hermosillo, donde se concentra el trabajo sexual, en particular después del cierre de la zona de tolerancia, en 1987.

me han dado toda laxitud para observar, tomar notas y cuestionar acerca de lo que acontece en él. No soy una simple observadora, lo que me autoriza algunas iniciativas. Al abrir la puerta del carro en el que me encuentro para presenciar y escuchar el intercambio entre las sexoservidoras y los inspectores de salud, oigo un fuerte alboroto, gritos y veo pasar, a mi lado, corriendo disparada, a una mujer que, sin percatarse de que estuvo a punto de atropellarme, abre con violencia una reja para, luego, forcejear para entrar en una casa.

Ella es conocida por los servicios de salud y de policía y no es la primera vez que intenta escapar penetrando en casa ajena. ¿Hay o no hay vecinos en la casa? En todo caso, nadie sale, a pesar o a causa de las vociferaciones, insultos y pataleos que lanza la mujer a los policías que intentan agarrarla. En la acción, se le ha deslizado algo la peluca que tiene larga y morena. Esposada, por fin, se la reajusta antes de subirse en la furgoneta e instalarse en el fondo. Uno de los inspectores colocará al lado de ella los zapatos de tacones altos que ha perdido en la carrera.

Adentro, unas trabajadoras sexuales observan, silenciosas, la escena, al parecer indiferentes. Pero, todas saben que han infringido la “obligación de portar en todo momento (horas de trabajo) su tarjeta sanitaria”<sup>6</sup> y que, muy probablemente, tendrán que pasar el fin de semana en la cárcel a menos que tengan el dinero suficiente para pagar la fianza/multa fijada por el Juez Calificador de turno.

En el traslado a la comandancia, el estado de alteración de la mujer trans se ha convertido en una profunda apatía. Al bajar del furgón, desposada, se vuelca en la banqueta de la recepción de la comandancia y se encoge en una postura fetal. No hace frío, pero tiritita, ajena a lo que pasa a su alrededor.

El proceso es siempre idéntico: tras pasar por el control médico y entrevistarse con el Juez Calificador, éste “calificará la falta” y dictaminará la “pena” según un criterio que puede variar en función de la frecuencia del incumplimiento de la “obligación de regulación y control sanitario”<sup>7</sup>. Todos los trabajadores del sexo están

---

<sup>6</sup> Artículo 83.- La tarjeta sanitaria personalizada deberá contener la fotografía de la persona y sus datos generales. La tarjeta además contendrá un número de hojas en blanco, para que los profesionistas que practiquen el control sanitario anoten la fecha, cada vez que las personas dedicadas al sexo servicio sean objeto de reconocimiento médico.

Bando de Policía y Gobierno para el Municipio de Hermosillo. *In Boletín Oficial del Gobierno del Estado*, el Lunes 29 de Noviembre de 1999, p. 20.

<sup>7</sup> Bando de Policía y Gobierno para el Municipio de Hermosillo. *In Boletín Oficial del Gobierno del Estado*, el Lunes 29 de Noviembre de 1999, p. 21.

inscritos “en el registro o padrón sanitario que para dicho efecto lleve la Dirección de Salud Pública Municipal”<sup>8</sup>, así que no hay, en principio, escapatoria posible.

En otros términos, sin dinero para pagar la multa consecuente a la no presentación de la tarjeta sanitaria, cualquier sexo servidor detenido a raíz del operativo, permanecerá en la cárcel (o sea desde el viernes o sábado –momento de su encarcelamiento) hasta el lunes por la mañana cuando irá directamente al consultorio médico asignado por el municipio para que la médica encargada verifique, ponga al día, expida o renueve según el caso<sup>9</sup>, la tarjeta sanitaria.

La mujer trans es la última en pasar. “¡Francisco X!”, llama el policía de guardia. “¡Francisca!”, replica ella levántandose, pero el documento de identidad que entregó a la policía lleva la foto de un hombre, joven, y el nombre de Francisco X...

La irrupción de los inspectores de salud municipales en el lugar donde solía esperar al cliente, no le permitió cumplir con su cuota diaria así que, a no ser por su documentación y unos condones, no tiene ni un centavo; de tal forma que el futuro cercano lo pasará entre cuatro paredes de una de las celdas de la comandancia.

Con solo una blusa ligera, muy escotada, unos shorts mini y un bolsito chiquito que le cuelga del cuello, Francisca escucha, sin inmutarse, al Juez Calificador que le significa, como previsto, su detención.

- ¿La llevan con las mujeres? le preguntó al Juez, al salir Francisca del despacho.
- No, con los hombres, contesta el Juez.
- Pero, así vestida... le puede pasar cualquier cosa.
- Ya sé, pero su documento de identidad dice que se llama Francisco X. Yo aplico la ley.
- Entiendo que haya que aplicar la ley, pero a la que tenemos en frente es a Francisca y no a Francisco.
- ¡Sí, pero no es mi problema!

“No es su problema”... Solo es, en ese momento, un “problema” de humanidad y de dignidad humana que el Juez Calificador obvia, amparándose con la ley o, en ese caso, con la ausencia de una ley relativa a la identidad de género. Cansancio, dejadez, indiferencia, o simplemente porque

---

<sup>8</sup> *Ibidem.*

<sup>9</sup> Bando de Policía y Gobierno para el Municipio de Hermosillo. *In Boletín Oficial del Gobierno del Estado*, el Lunes 29 de Noviembre de 1999, art. 84, p. 22.

El cuerpo macho está sujeto a una lectura cultural de su comportamiento y presentación a través de lo cual su calidad como macho es revelada y su hombría es socialmente asignada...<sup>10</sup>

El Juez pasa de inmediato a otro caso, más fácil, a partir del cual, sobre todo, no se le pueda cuestionar su actitud.

En realidad, nos encontramos ante un planteamiento esencial acerca de cómo abordar el tema de la transgeneridad cuando no existe un fundamento legal y jurídico que permita resolver, en parte, una situación humana dolorosa. En efecto, legalmente, Francisca no se llama Francisca sino Francisco... y, a pesar de que en el artículo 18, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establezca que: "...El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos,..." y que las "mujeres purgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres" –si es que se considera a Francisca una mujer y no un hombre<sup>11</sup>, y que:

[q]ueda prohibida toda discriminación declarada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas<sup>12</sup>.

Y, que, asimismo en su artículo 1, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Sonora sostenga que "Los Derechos del Hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales" y declare que "En el Estado de Sonora todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"<sup>13</sup>, la identidad genérica de Francisca, sí plantea un problema al que es preciso aportar una solución.

Así que ¿hubo o no discriminación en el caso mencionado arriba? ¡Sí y no! Desde un punto de vista humano sí pero el vacío jurídico autoriza y alimenta esta clase de actitud que encuentra seguidores. Frente a la disforia de género<sup>14</sup>, por ejemplo, la

---

<sup>10</sup> Nuñez Noriega, G. (2015). *Sexo entre varones. Poder y resuis*. Región y Sociedad 2000, XII (19), p. 161.

<sup>11</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, Última Reforma DOF 17-08-2011, TEXTO VIGENTE, 178 p.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Barrios Martínez, D., García Ramos, M.A. (2008). *Transsexualidad: la paradoja del cambio*. México, Editorial Alfil, p. 127.

actual jurídica de la Dirección Municipal de Salud Pública confiesa<sup>15</sup> que, en conformidad con la ley, ella también hubiera actuado en esa forma. ¡Legalmente, no hay nada que se le pueda reprochar o criticar! Hoy día, sin embargo, se nota más flexibilidad en el manejo de la recepción de los transgéneros y en su detención, que queda a discreción del Juez Calificador; son casos muy aislados y por lo tanto no menos significativos de la necesidad de una resolución al respecto.

De hecho, en esta interrogación de lo justo y de lo bueno, se trata de reflejar:

... la manera cómo las personas singulares se reclaman en tanto como sujetos individuales de una identidad particular y hasta, muy a menudo, – sin que eso sea visto como paradoja – como poseedores de varias identidades a la vez<sup>16</sup>.

Ahora bien, a diferencia del travestismo, “manifestación de transgresión social en la vestimenta y en los complementos de la misma, del género esperado socialmente en virtud del sexo biológico”<sup>17</sup>, el transgénero:

además de involucrar la imagen (de transgresión) a través de la vestimenta, implica rasgos sexuales secundarios: “la modificación del vello facial o en el pecho, la modificación de los senos, por mencionar dos...”<sup>18</sup>

que hacen que:

la persona se construye poniendo de realce una diferencia que confiere un sentido a una experiencia existencial vivida hasta entonces de manera confusa o sin esperanza alguna...<sup>19</sup>

En esta construcción en que:

[e]l cuerpo, esa entidad tan íntima y a veces tan lejana, con la que se puede sentir placer y dolor con la misma intensidad, y en ocasiones por las mismas razones. ‘Mi cuerpo’, decimos los (as) humanos (as), y ‘mi’ es un pronombre que indica posesión o pertenencia. Cuando decimos esta frase ¿qué tanto nos estamos refiriendo a un cuerpo que sentimos y/o percibimos como nuestro?, ¿o se trata solamente de un pronombre que hemos aprehendido como una forma de saber las conjugaciones de los verbos:

<sup>15</sup> Intercambio con la autora en junio de 2016 en Hermosillo, Sonora.

<sup>16</sup> “... la manière dont les personnes singulières se réclament en tant que sujets individuels, d’une identité particulière, voire bien souvent –si ce n’est pas un paradoxe – de plusieurs identités à la fois”. Traducción de la autora. Wiewiorka, M. *La différence*. Paris, Voix et Regards, Ed. Balland, 2001, p. 13.

<sup>17</sup> Nuñez Noriega, G. *¿Qué es la diversidad sexual?* Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011, p. 54. “La persona travesti puede ser homosexual, heterosexual o bisexual. También puede ser mujer u hombre. Sin embargo el travestismo femenino prácticamente pasa desapercibido...”. In Velasco Morales, V. (2011). *Vestidas para educar: notas acerca del travestismo heterosexual*. México, s.n.e., p. 7.

<sup>18</sup> Nuñez Noriega, G. *¿Qué es la diversidad sexual?* Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011, p. 54.

<sup>19</sup> “... la personne se construit en mettant en avant une différence qui confère un sens à une expérience existentielle jusque-là vécue comme confuse ou sans espoir...”. Traducción de la autora. Wiewiorka, M. *La différence*. Paris, Voix et Regards, Ed. Balland, 2001, p. 142.

mío, tuyo, suyo, de él ? ¿qué tanto nos referimos a ‘mi cuerpo’, cuando relatamos cualquier experiencia de vida ?, ¿ las mujeres y los hombres tenemos ese sentido de pertenencia del ‘mi’ sobre el cuerpo que nos transporta, sobre cuerpo que nos hace ser y estar en el mundo?<sup>20</sup>

Se requiere una modificación de la mirada y de las costumbres mentales y culturales para alcanzar la igualdad en la diferencia. Pero esto ha de pasar por la vía legal para que, poco a poco, se imponga a la sociedad. En la Sonora del siglo XXI en la que aún perduran conservadurismo, tradicionalismo e influencia de la Iglesia, hay que aplacar los miedos y combatir los significados y conceptos machistas y arcaicos que organizan y sostienen « las distinciones sociales de género » para lograr la construcción de un estado resueltamente orientado hacia la aceptación y convivencia con el otro, diferente.

Con frecuencia, las mujeres trans entrevistadas<sup>21</sup>, suelen recalcar su dificultad de inserción en la sociedad y la lucha que llevan para que se las reconozca como lo que quieren ser. Derecho que pasa, para ellas, por una igualdad de trato ante las posibilidades laborales.

“Sí, yo tengo rasgos muy masculinos, lo entiendo, lo sé” comenta N.

y eso se me complica a la hora de buscar trabajo. A los gays, sí se les acepta a nosotras no, y más aún cuando les enseñamos nuestra identificación. Hay mucha discriminación. He estado discriminada en muchas empresas. Todos los empleados me querían mucho, o sea sabían que yo era ese tipo de género y siempre me respetaron mucho pero los patrones no y me tuve que salir para no atraer más problemas y buscar dinero<sup>22</sup>.

En ese caso, no son muchas las posibilidades de “buscar dinero”... El trabajo sexual es muy atractivo y lucrativo y permite sobrevivir cuando las puertas ordinarias se cierran e impiden el desarrollo de su yo más profundo.

“Cuando yo empecé a cambiar”, relata Vicky,

y cuando yo cambié, me refiero a vivir mi vida ya como una mujer, cuando yo empecé mis cambios,... no totalmente al principio, pon tú, que, no sé, con una blusa, un

---

<sup>20</sup> García Figueroa, G., Pineda Pablos, S., Sandoval Godoy, S.A., Wong González, P., Enríquez Acosta, J.A., Fuentes Fierro, A. (coord.). *Sonora frente al siglo XXI*. Hermosillo, México : El Colegio de Sonora, Universidad de Sonora, Centro de Investigación en Alimentación y Desarrollo, 2002, pp.159-160.

<sup>21</sup> Entre 2012 y 2016, pude entrevistar a 14 transgéneros (entre ellos solo 2 hombres trans).

<sup>22</sup> Entrevista de la autora con A. Hermosillo, noviembre de 2013.

adornito pues cosa por el estilo, en casa se empezó a aceptar un poquito el hecho de que yo viviera como mujer. Y después, yo descubrí el sexo y empecé a hacerme muy promiscua pero, nunca, permití que un hombre me recogiera a mi casa ni que me fuera a dejar allí. Eran tiempos difíciles, en casa, en el trabajo donde me miraban como una persona mala. Yo digo que, o sea sigue habiendo gente pues que se da cuenta muy fácilmente y hay otra que todavía como que me ve y se pregunta ¿será o no será? Pero yo sí me daba cuenta de que aunque no se den cuenta en primera estancia que soy transexual<sup>23</sup>, sé muy bien que llamo la atención por otras cosas pues, porque como me visto, y frente a la gente aquí, y pues me lo han comentado muchas veces pues, que ¿de dónde eres?”, cosas por el estilo, porque yo sé que llamo la atención simplemente pues ¿no? digo a lo mejor, porque se den cuenta, de inmediato ¿no? Así que durante un tiempo la única solución fue dedicarme al sexo<sup>24</sup>.

K. tiene 28 años<sup>25</sup>. Se fue de casa a los 13 años y desde aquel entonces lleva una vida caótica entre prostitución y empleos que no le han permitido, hasta la fecha, obtener un seguro social. Vive de la generosidad de amigos o conocidos que, a veces, le prestan un cuarto. Ella cuenta:

Cuando empecé a prostituirme, yo ya venía con hormonas y tenía muchos clientes. A veces con un solo cliente te haces 2000/3000 pesos. Sé hacer muchas cosas, muchos tipos de trabajo, no nada más sexo, pero no tengo nada seguro, nada estable y eso sí es que me gustaría, pero no encuentro, no encuentro<sup>26</sup>.

Por cierto, no todos los transgéneros recurren al trabajo sexual para salir adelante. V. por ejemplo, aunque de vez en cuando se valga de relaciones sexuales remuneradas, intenta llevar una vida “normal”. Tiene novio y en el medio estudiantil y universitario ha encontrado la comprensión que necesitaba para desarrollarse:

Tenía como un año creo, trabajando, cuando yo entré en la universidad. Empecé como Víctor en la escuela y por un año, más o menos. Ya fue cuando empecé con mis cambios. Los maestros que no estaban acostumbrados a decirme Víctor se tuvieron que acostumbrar nada más a decirme Vico. Pero, legalmente, en la universidad sigo siendo Victor. Por ejemplo, mis maestros y mis compañeros así me llaman Victoria,

---

<sup>23</sup> En realidad, es transgénero y no transexual.

<sup>24</sup> Entrevista de la autora con Vicky, Hermosillo, 28 de octubre de 2013.

<sup>25</sup> En el momento de la entrevista con la autora.

<sup>26</sup> Entrevista de la autora con K. Hermosillo, 14 de noviembre de 2012.

Vico, Viki. Cuando pasan la lista, por ejemplo, los maestros nunca me llaman Victor<sup>27</sup>.

Pero, la tentación del olvido de una situación chueca, de caer en un confort facticio no puede hacer olvidar la realidad. No se trata, tampoco, de instaurar un nuevo orden o de dejarse absorber por una libertad supuesta, pues permanece intacta la dicotomía administrativa Victor/Victoria que siempre trae a la mente una situación de “entre dos” a los ojos de la ley, cuando no para los transgéneros.

Por supuesto, siempre existe la posibilidad de una reasignación integral para la concordancia sexogenérica, que permite “ajustar su sexo legal o jurídico, al sexo con el cual se identifican”<sup>28</sup> pero no todos/todas se atreven a dar el paso :

Yo, más bien, soy transgénero. Yo tengo 32 años y estudié una carrera en la universidad en ciencias de la comunicación. Siempre he tenido muchos problemas con relación con la... la identidad sexual, mucha cultura católica, mucha religión ; dicen desde que uno nace « esto es bueno, esto es malo, te vas a ir al infierno, no debes decir así, no debes decir allá... De 2003 al 2007, me fui a Estados Unidos a trabajar allá, allá había chicas trans ... y allá me empecé a travestir, a poner ropa de mujer y mis primeros encuentros sexuales... luego fui a México a los encuentros de activistas y de trans y así de todo y allí averigüé, en mi encuesta personal de preguntar a las chicas que ya se habían hecho cambio de sexo y si convenía o no convenía ... 8 de cada 10 chicas a mí me dijeron que no me operara<sup>29</sup>.

Desde el 10 de octubre de 2008, “se publicaron en la Gaceta Oficial del Distrito Federal reformas tanto al Código Civil como al Código de Procedimientos Civiles de esa entidad, que ya reconocen de manera expresa el levantamiento de actas por la reasignación para la concordancia sexo-genérica” que permiten a los transexuales<sup>30</sup> llevar un proyecto de vida acorde con su orientación sexual. De hecho, en el estado de Sonora, son 16 transexuales registrados en el Registro Civil de Hermosillo<sup>31</sup> pero el

---

<sup>27</sup> Entrevista de la autora con Vicky, Hermosillo, 28 de octubre de 2013.

<sup>28</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Rectificación de acta por cambio de sexo*. Unidad de Crónicas Amparo Directo Civil 6/2008, pp. 2-3.

<sup>29</sup> Entrevista de la autora con Fa. , Hermosillo, 8 de octubre de 2012.

<sup>30</sup> “... los transexuales son personas que, sin presentar características anormales en su cuerpo, sienten un profundo malestar respecto a su sexo biológico ; sienten que están ‘atrapados’ en un cuerpo extraño que no coincide con la vivencia psicológica ni la representación mental que tienen de sí mismos“. In Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Rectificación de acta por cambio de sexo*. Unidad de Crónicas Amparo Directo Civil 6/2008, p. 1.

<sup>31</sup> Entrevista con Luz Carrillo, Secretaria General del Consejo Ciudadano para Prevenir la Discriminación en el Estado de Sonora, creado en abril de 2016 y ratificado por el Congreso en mayo de 2016.

proceso de cambio tanto morfológico como administrativo se cumplió en el Distrito Federal y no en Sonora que dispone, sin embargo, de una *Ley para Prevenir, Combatir y Eliminar Actos de Discriminación en el Estado de Sonora*, en fecha de 24 de noviembre de 2014 y de una *Comisión de Justicia y Derechos Humanos* adscrita al Congreso del Estado. Pero, en la práctica, poco o nada se resuelve en cuanto al “derecho a la identidad personal”; en otros términos, en cuanto al “derecho que tiene toda persona a ser sí mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los otros; la forma en que un individuo se visualiza y se proyecta en la sociedad”<sup>32</sup>.

Por cierto, la transgeneridad requiere una atención particular y es imprescindible encontrar una solución a la exclusión de la que sufre una parte, por muy diminuta que sea, de los ciudadanos sonorenses, en cuanto a derechos humanos se trata. Pero, si está claro que la Constitución reconoce a cada mexicano a ejercer libremente su personalidad o a disponer de su cuerpo, una trans mujer o un trans hombre no puede simple y llanamente presentarse ante el Registro Civil de la capital del Estado para solicitar un cambio de nombre. Se precisa un protocolo que involucre cuestiones de género y desemboque, naturalmente, en una *Ley de identidad de Género* aplicable, aplicada sin discriminación alguna y conocida por todos.

España, en 2007 con la *Ley Reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas*<sup>33</sup>, Holanda en 1985<sup>34</sup>, entre otros países europeos, pueden servir de punto de partida para una reflexión de fondo sobre un problema de sociedad que implica dignidad e igualdad de trato entre todos los ciudadanos. El *Consejo Ciudadano para Prevenir la Discriminación* creado desde abril de 2016, a raíz de una convocatoria lanzada por la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Sonora, que incluye en sus miembros a 5 personas defensoras de los derechos humanos de la población LGBT, puede aparecer como un esbozo de respuesta para que sea lo que verdaderamente siente que es el transgénero. Pero, su funcionamiento, en base al voluntariado y sin presupuesto deja mucho que pensar en cuanto al alcance verdadero que pueda tener. Sin embargo, respetuosos del debido

---

<sup>32</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Rectificación de acta por cambio de sexo*. Unidad de Crónicas Amparo Directo Civil 6/2008, p. 10.

<sup>33</sup> ... establece la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas que conlleva el cambio de nombre propio, inclusive sin que hubiera existido cirugía de reasignación sexual... in Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Rectificación de acta por cambio de sexo*. Unidad de Crónicas Amparo Directo Civil 6/2008, p. 12.

<sup>34</sup> ... la ley señala que quienes tengan la convicción de pertenecer al sexo opuesto al que ha sido mencionado en su acta de nacimiento y que físicamente estén adaptados al sexo requerido, podrán pedir modificación de ese documento en la mención del sexo ;... in *Id.*

compromiso con cada uno de los ciudadanos, les corresponde a los políticos, de manera sabia y prudente, aplicar el que:

... una persona pued[a] decidir sobre su sexo y expresarse libremente, de acuerdo con éste, contando con el respaldo legal para conducir su vida en todos los aspectos de acuerdo con su verdadera condición sexo-genérica<sup>35</sup>.

Limoges, 11 de agosto de 2016

### Referencias Bibliográficas

- Badinter, E. *Fausse route*. Paris, *Odile Jacob*, abril, 2003.
- Barrios Martínez, D., García Ramos, M.A. *Transexualidad : la paradoja del cambio*. México, *Editorial Alfil*, 2008. 134 p.
- Bruckner, P. *Le paradoxe amoureux*. Paris, *Editions Grasset et Fasquelle*, 2009.
- García Figueroa, G., Pineda Pablos, S., Sandoval Godoy, S.A., Wong González, P., Enríquez Acosta, J.A., Fuentes Fierro, A. (coord.). *Sonora frente al siglo XXI*. Hermosillo, México : El Colegio de Sonora, Universidad de Sonora, Centro de Investigación en Alimentación y Desarrollo.
- Gay-Sylvestre, D. “Mujeres atrapadas en cuerpos de hombres”, Colloque International réseau ALEC “FémininMasculin”, Faculté des Lettres et des Sciences Humaines, Université de Limoges, 7-9 mars. In Gay-Sylvestre, D. *Yo, Femenino, Tú masculina*. México, D.F., *Voces en tinta*, julio, 2014.
- *Laura Raúl : como un hombre que soy*. México D.F., *Ediciones del lirio*, junio, 2015.
- Héritier, F. *Masculin/Féminin II : dissoudre la hiérarchie*. Paris, *Odile Jacob*, septembre, 2012.
- Paz, O. *El laberinto de la soledad*. México D.F., *Fondo de Cultura Económica*, 1959.
- Núñez Noriega, G. *Sexo entre varones. Poder y resuis*. *Región y Sociedad* 2000, XII (19), 2015.
- *¿Qué es la diversidad sexual ?* Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011.
- *Vidas vulnerables. Hombres indígenas, diversidad sexual y VIH-Sida*. Hermosillo, Sonora, *Libros para ser libres y CIAD*, 2009.
- *Masculinidad e intimidad : identidad, sexualidad y sida*. México, D.F., *El Colegio de Sonora y Miguel Ángel Porrúa*, 2007.

---

<sup>35</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Rectificación de acta por cambio de sexo*. Unidad de Crónicas Amparo Directo Civil 6/2008, p. 25.

Toro-Alfonso, J. *Reflexiones en torno a la Sexualidad y el Género*. Guatemala city, F y G Editores, abril, 2007.

Velasco Morales, V. *Vestidas para educar: notas acerca del travestismo heterosexual*. México, s.n.e., 2011.

Wieviorka, M. *La différence*. Paris, *Voix et Regards*, Ed. Balland, 2001.

### **Textos de ley**

Bando de Policía y Gobierno para el Municipio de Hermosillo. *In Boletín Oficial del Gobierno del Estado*, el Lunes 29 de Noviembre de 1999, Bajo Tomo CLXIV, No.44 Sección III; mismo que contiene las Reformas y Adiciones publicadas en el Boletín Oficial del Gobierno del Estado de Sonora en fecha Lunes tres de Noviembre de Dos Mil Tres, Tomo CLXXII, No. 36 SECC. I.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, Última Reforma DOF 17-08-2011, Texto Vigente, 178 p.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Sonora, 29 de marzo de 1917, 73 p.

Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación. Nueva ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2003.

Ley para prevenir, combatir y eliminar actos de discriminación en el estado de Sonora, Ley publicada en la Sección II del Boletín Oficial del Estado de Sonora, el lunes 24 de noviembre de 2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Rectificación de acta por cambio de sexo*. Unidad de Crónicas Amparo Directo Civil 6/2008

### **Entrevistas**

Fa. : 8 de octubre de 2012, Hermosillo, Sonora

F. : 8 de octubre de 2012, Hermosillo, Sonora

B. : 11 de octubre de 2012, Hermosillo, Sonora

C. : 11 de octubre de 2012, Hermosillo, Sonora

K.: 9 de marzo de 2013, Hermosillo, Sonora

Victoria (Vicky) : 28 de octubre de 2013, Hermosillo, Sonora

A.: noviembre de 2013, Hermosillo, Sonora

Luz Carrillo, junio de 2016, Hermosillo, Sonora

Darío, julio de 2016, Hermosillo, Sonora

# O CONSELHO NACIONAL DAS MULHERES PORTUGUESAS

## NATIONAL COUNCIL OF PORTUGUESE WOMEN

Zília Osório de Castro  
*Universidade Nova de Lisboa*

**Resumo:** Apresenta-se neste texto o Conselho Nacional das Mulheres Portuguesas, criado em 1914, como índice de contemporaneidade por consagrar de forma sistemática, talvez pela primeira vez em Portugal, os direitos das mulheres como direitos humanos. Recorrendo ao exemplo paradigmático da *Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne* de Olympe de Gouges ao apresentar a mulher, tal como o homem, como sujeito de direitos, procura-se salientar como o enunciado teórico por ela apresentado se foi concretizando em direitos objectivos das mulheres com incidências culturais, sociais, políticas, económicas, etc. , tornados efectivos na vida do dia a dia. Sendo assim, elas contribuíram, igualmente, para o despontar e consolidar da contemporaneidade imprescindível ao seu carácter universal.

**Palavras chave:** Conselho Nacional das Mulheres Portuguesas, contemporaneidade, direitos humanos, Adelaide Cabete, Maria Lamas.

**Abstract:** This text seeks to present The National Council of Portuguese Women, created in 1914, as rate of contemporaneity, as it systematically established women's rights as human rights probably for the first time in Portugal. Invoking the prime example of Olympe de Gouges, *Declaration of the Rights of the Woman and Citizen*, by presenting the woman as subject of rights, in the same way as the man, it is intended to point out the way in which the theory it puts forward became effective in everyday life through objective rights with cultural, social, political and economic impact. Therefore, they also contributed to the emergence and strengthening of contemporaneity, crucial in their universal dimension.

**Keywords:** National Council of Portuguese Women, contemporaneity, human rights, Adelaide Cabete, Maria Lamas

### 1. Conselho Nacional das Mulheres Portuguesas

Para bem se entender a importância e o significado da criação do Conselho Nacional das Mulheres Portuguesas efectuada em 1914 importa colocá-lo no âmbito da génese e afirmação da contemporaneidade cuja base fundante seria o reconhecimento dos direitos humanos como um dos seus pilares, senão o principal, de que decorreu a transformação global dos diversos sectores da sociedade civil e política. A *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* tornou-se de facto o arauto do novo mundo emergente. Marcada pela universalidade dos princípios que enunciava, definia o ser humano a partir da essencialidade da sua natureza, liberdade e igualdade, e de cidadão na dupla vertente

civil e política. Apesar do carácter universal que os seus autores lhe quiseram imprimir, ressalta a exclusividade do cariz masculino que a informava. O ser humano era masculino – diriam – e seria como tal que se identificava.

Este modo de pensar, embora maioritariamente aceite, não colhia a unanimidade das opiniões expressas. Uma das vozes que se fez ouvir, contrariando esta perspectiva, foi a de Olympe de Gouges que, em 1791, procurou aliciar a rainha, Maria Antonieta, para a causa das mulheres expressa de forma singular primeiro na *Déclaration des Droits de la Femme dédiée a la Reine*<sup>1</sup> e depois na *Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne* a apresentar à assembleia legislativa<sup>2</sup>. Os termos em que redigiu esta última, se bem que seguindo a par e passo a *Declaração* de 1789, traduzem uma noção de humanidade que ainda hoje informa muitos movimentos feministas. Nada de oposição entre feminino e masculino, entre mulheres e homens, mas a conjugação de ambos no que ela chamava “conjunto harmonioso desta obra prima imortal<sup>3</sup>” como era a natureza. Como seres humanos, as mulheres, tal como os homens, nasciam livres e dotadas de direitos. Ignorá-lo seria oprimi-las e minimizá-las e, daí, seria anti-natura, pondo em causa a própria noção de humanidade.

Partindo destas premissas, Olympe de Gouges enunciou os direitos civis e políticos das mulheres e dos homens<sup>4</sup>. Marcados pelos sinais dos tempos na sua concretização, a universalidade da sua fundamentação tornou-os perenes para além dela e serviu de elemento de avaliação de práticas e de usos e costumes, assim como de acção para que fossem salvaguardados quando ignorados ou menosprezados. Ou seja, a noção de ser humano como sujeito de direitos que ditou a queda do Antigo Regime e a construção da contemporaneidade política foi-se concretizando em novas formas de ser e de estar que os tinha como fundamento. Tal como as ondas provocadas pela pedra que se atira às águas calmas de um lago, também os efeitos dos princípios teóricos revolucionários se foram sentindo em contextos cada vez mais alargados. E a abstracção dos princípios fundantes se foi concretizando sucessivamente em práticas cada vez mais alargadas. Vitoriosos os princípios, no caso em apreço os direitos humanos, os efeitos foram-se fazendo sentir ao longo dos tempos.

---

<sup>1</sup> Gouges, Olympe de. *Déclaration des Droits de la Femme dédiée a la Reine*.1791. apud *Oeuvres. Présentées par Benoîte Groult*. Paris: Mercure de France, 1986, pp. 99-100.

<sup>2</sup> Gouges, Olympe de. *Déclaration des...*, pp.101-109.

<sup>3</sup> Gouges, Olympe de. *Déclaration des...*, p. 100.

<sup>4</sup> Cfr. Gouges, Olympe de. *Déclaration des...*, pp. 101-109.

O Conselho Nacional das Mulheres Portuguesas participou neste processo de efectivação dos direitos das mulheres que teve em Olympe de Gouges o exemplo mais significativo na concretização das propostas decorrentes da Revolução Francesa. Em Portugal, a partir dos meados do século XIX observa-se uma acentuada emergência das mulheres na sociedade, sobretudo pelo papel que desempenharam na criação e divulgação de uma imprensa feminina com que intervieram social e culturalmente<sup>5</sup>. Por sua vez, os ventos fortes da república que sopraram nos finais deste século e nos inícios do seguinte propiciaram a intervenção política das mulheres, nomeadamente na luta pelo direito de voto. Contudo, a difícil vitória de Carolina Beatriz Ângelo para lhe ser permitido votar nas eleições de 1911 para a Assembleia Nacional, direito explicitamente anulado com a aprovação da lei eleitoral de 1913<sup>6</sup>, teria sem dúvida desiludido as mulheres portuguesas quanto à possibilidade de a República as reconhecer como cidadãs de pleno direito. Neste contexto, Adelaide Cabete, médica, republicana, feminista e maçónica, consciente de que a defesa dos direitos das mulheres tinha de tomar outro rumo e de que o movimento associativo se expandia na Europa e na América através do ICW procurou nele integrar suas compatriotas<sup>7</sup>. Assim nasceu o Conselho Nacional das Mulheres Portuguesas<sup>8</sup>.

Alguns aspectos são de assinalar na criação desta associação, talvez devido ao contexto político e social em que foi formado, talvez devido às particularidades da personalidade de quem tomou a iniciativa da sua criação. Logo no primeiro artigo dos seus Estatutos declara-se explicitamente a sua independência. Independência de qualquer filiação filosófica, política ou religiosa e até feminista, já que se declara ali como “feminina<sup>9</sup>”. Além disso é notória a ausência de nomes como Ana de Castro Osório e de Maria Veleda, reconhecidas activistas feministas entre os das suas fundadoras e sócias, o que parece apontar para o carácter fraturante da associação. Por seu lado, a integração no ICW aponta para a eleição de um espaço internacional como suporte da sua militância feminista, excluindo o sufrágismo que ali não é assinalado. Saliente-se, ainda, que pretendia agregar as associações de mulheres existentes, e aprovar todas as iniciativas em prol da dignificação da mulher e da protecção da

---

<sup>5</sup> Costa Lopes, Ana Maria. *Imagens da mulher na imprensa feminina de oitocentos. Percursos de modernidade*. Lisboa: Quimera, 2005.

<sup>6</sup> Silva, Regina Tavares da. *Carolina Beatriz Ângelo*. Lisboa: CIG, 2005.

<sup>7</sup> Lousada, Isabel. *Adelaide Cabete*. Lisboa: CIG, 2010.

<sup>8</sup> Costa, Célia Rosa Batista. *O Conselho Nacional das Mulheres Portuguesas (1914-1947). Uma organização feminista*. Dissertação de Mestrado. Lisboa: Universidade Aberta, 2007.

<sup>9</sup> *Estatutos do Conselho Nacional das Mulheres Portuguesas*, 1917, art. 1, p. 3.

criança, sem nunca tomar a iniciativa de fundar novas instituições<sup>10</sup>. Por último, assinala-se que, estatutariamente, eram proibidos os ataques pessoais e expulsas as pessoas que causassem escândalo<sup>11</sup>. A independência que o Conselho reclamava para si próprio era também, segundo os Estatutos, extensível a todas as agremiações associadas que mantinham as respectivas formas de organização e funcionamento. Por fim, note-se que o conselho só reclamava independência para atingir os objectivos últimos que se propunha, isto é, defender todas as ideias que “concorressem para o bem estar da mulher em particular e da humanidade em geral<sup>12</sup>”.

Se se tiver em conta apenas o articulado dos Estatutos dir-se-á que nada mudou no Conselho ao longo dos anos da sua existência, já que eles se mantiveram inalterados desde a sua publicação em 1917 até à extinção da instituição em 1947. A ser assim, seria, sem dúvida, um caso extraordinário dadas as mutações que social e politicamente se foram sucedendo. Mantinha-se o enunciado abstracto do bem estar particular e do bem universal como ideais a atingir, sem o enunciado de medidas para a sua concretização. Só em 1946, sob a direcção de Maria Lamas, o Conselho anunciou um Programa Geral que se propunha executar, sem anular os Estatutos, e que é elucidativo da mudança assinalável do ideário que se desejava agora divulgar<sup>13</sup>. Pretendia-se promover a “dignificação e emancipação da mulher<sup>14</sup>” palavras chave mediante o estudo dos problemas que envolviam os interesses das mulheres e tomar as medidas necessárias para os resolver. Apontava entre eles a sua situação jurídica, social, sanitária, intelectual e familiar, ou seja, tinha em conta a mulher real situada na sua realidade<sup>15</sup>. Os direitos que ela tinha como ser humano, abstractos no seu enunciado, não eram sequer referidos, embora, como é evidente, estivessem subjacentes a todos estes postulados.

No entanto, ao longo dos anos que mediaram entre a direcção de Adelaide Cabete e a de Maria Lamas, paulatinamente foram tomadas algumas medidas e o modo de ser e de estar das sócias do Conselho sofreu as alterações inerentes à evolução inevitável dos anos. Estavam já longe, de facto, os tempos das declarações de direitos de Olympe de Gouges, nomeadamente dos que decorriam da maternidade e que ela referira como contraponto aos direitos de transmissão do pensamento que entendia ser

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 3 e 7.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>13</sup> *Programa Geral do Conselho Nacional das Mulheres Portuguesas*. Lisboa, 1946.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>15</sup> *Cfr. Ibidem*, II

um atributo masculino. Pretendia-se, agora, nos inícios do século XX, a efectivação desses direitos que a contemporaneidade, uma vez enunciada percorria agora os caminhos da sua concretização, nomeadamente no respeitante à situação das mulheres. Neste processo, o Conselho, apesar das dificuldades com que se deparava, contribuiu com a sua acção para que elas tivessem voz e estivessem visivelmente presentes na sociedade.

Se bem que recusasse a filiação política e partidária, contou nos primeiros anos da sua actividade com o apoio de notáveis republicanos, tais como Bernardino Machado, António José de Almeida, Magalhães Lima, e o próprio presidente da república, Manuel Teixeira Gomes. Aliás, todos estiveram presentes, em 1924, no I Congresso Feminista e de Educação, o primeiro grande evento realizado pelo Conselho<sup>16</sup>. O êxito alcançado, ainda gerou entusiasmo para organizar um segundo, em 1928, em plena ditadura militar, com o mesmo objectivo ditado pelo mesmo título, mas com menos impacto. Contudo o significado de ambos em termos de contemporaneidade, pelas teses apresentadas e debatidas, projectou as mulheres como factor da sua construção. Elas estiveram no espaço público, apresentaram comunicações, discutiram-nas e foram confrontadas com outras. É de salientar que estes congressos feministas não foram exclusivamente congressos de mulheres, mas contaram com a presença e a intervenção masculina. Deram expressão, no século XX, ao que Olympe de Gouges proclamara no século XVIII ao falar da conjugação de esforços das mulheres e dos homens na concretização de um mesmo ideal. E que Adelaide Cabete mais de uma vez referiu ao falar do bem da humanidade como objectivo a alcançar.

Se para muitas das mulheres que estiveram presentes nestes congressos a sua participação foi uma experiência única e original, sabendo-se que poucas ou nenhuma intervieram nos debates, excepto claro as oradoras, a função do Conselho seria também de as tornar aptas para a defesa dos seus direitos. Para isso, foram criadas comissões ou grupos especializados, que eram simultaneamente espaços de ensino, de especialização e de divulgação. Sabendo-se que foram cerca de trinta as comissões formadas ao longo da vigência do Conselho, abrangendo diversas áreas de saber e da acção, fica-se com uma ideia do número de mulheres envolvidas, reflectindo no dia a dia das suas vidas o que haviam debatido sobre a situação das mulheres num mundo em grande parte

---

<sup>16</sup> Brazão, Arnaldo. *Primeiro Congresso Feminista e de Educação* (Relatório). Lisboa: Spartacus, 1925.

masculinizado. Ser mulher no contexto social, político e cultural da vivência de cada uma, não deixou de ser uma descoberta, antes de ser uma afirmação e uma construção.

Tendo em conta os nomes ilustres da 1ª República, acima citados, que haviam dado o seu apoio ao 1º Congresso Feminista e da Educação, assim como a feição republicana de Adelaide Cabete, a declaração da não filiação política do Conselho apresenta-se como uma tomada de posição destinada a afastar partidarismos enfraquecedores e divisionistas. A causa das mulheres que pretendia defender estava acima de ideários e ideologias, respeitando as opções de cada sócia. Verificava-se, pois, que nem Adelaide Cabete repudiava o regime republicano, nem este ostracizava o Conselho. O bom entendimento entre ambos verificou-se, aliás, ainda antes do I Congresso Feminista e de Educação, quando, em 1923, o governo republicano endereçou um convite a Adelaide Cabete para o representar no Congresso Internacional Feminista de Roma<sup>17</sup>, convite, aliás, renovado com o mesmo significado em 1925, para o Congresso Feminista de Washington<sup>18</sup>.

A presidente do Conselho não deixou de reconhecer publicamente o significado do obséquio do governo, ao declarar que “o governo português querendo mostrar quanto lhe interessam as questões feministas, problema este por resolver em Portugal, pela segunda vez se fez representar nas grandes assembleias internacionais onde se ventilam as magnas questões que interessam às mulheres<sup>19</sup>”. Além disso, nos relatórios oficiais que entregou no regresso dos dois congressos torna-se evidente, pelo tom do discurso, que a efectivação dos direitos das mulheres ali debatida, não só ia ao encontro do que pensava, como servia de estímulo à orientação que pretendia para o Conselho das Mulheres Portuguesas. De notar que entre as temáticas ali focadas se contavam os direitos civis e políticos das mulheres e que, apesar daqueles terem especial relevância, o direito de voto, cuidadosamente eliminado nos Estatutos, era agora veementemente defendido. Foram estas as suas palavras: “Torna-se necessário desenvolver uma grande campanha pró sufrágio feminino em Portugal. As mulheres portuguesas esperam das suas companheiras de ideais do mundo inteiro, todo o auxílio,

---

<sup>17</sup> Cabete, Adelaide. *O Congresso Internacional Feminista de Roma*. Lisboa: Oficinas Gráficas do Instituto Profissional dos Pupilos do Exército, 1923.

<sup>18</sup> Cabete, Adelaide. *Congresso Internacional Feminista de Washington. Relatório*. Lisboa: Oficinas Gráficas do Instituto Profissional dos Pupilos do Exército, 1925.

<sup>19</sup> Cabete, Adelaide. *Discurso proferido pela Delegada do Governo na Sessão Solene de 6 de Maio de 1925, apud Relatório*, supracitado, p. 9.

toda a energia e toda a sua simpatia para vencerem<sup>20</sup>”. E, indo mais além, apontava a participação político-partidária das mulheres como meio de defender os seus interesses.

Devido à dinâmica da sua presidente, o Conselho Nacional abriu-se ao mundo internacional e às ideias que ali se divulgavam quanto aos efectivos direitos das mulheres. Numa altura em que grande número de países já tinha aprovado o sufrágio feminino e em que as excepções afectavam apenas os países latinos eram sobretudo os direitos sociais das mulheres que se reivindicavam e se debatiam. Neste contexto, compreende-se o significado das palavras de Adelaide Cabete ao afirmar: “o voto feminino não é um fim<sup>21</sup>”. Era, sim, um meio para promover a moralização dos costumes, a protecção da família, a higiene social, a modificação das condições da vida económica que tão prejudiciais eram para as mulheres, a abolição dos regulamentos da prostituição, enfim, para o melhoramento da vida social dos povos. À mulher definida na essencialidade da sua natureza de ser humano, a que correspondiam efectivos direitos políticos, aliava-se agora à cidadã encarada sob o ponto de vista das virtualidades que lhe pertenciam como membro do todo social. À dignidade da mulher enquanto ser humano associava-se a sua dignidade enquanto cidadã na sociedade política e como cidadã na sociedade civil. A abstracção dos enunciados correspondia agora a efectivação do seu reflexo na sua vivência de mulher, isto é, na vida que vivia, no caso em análise, na primeira metade do século XX, tempo e espaço da primeira vaga do feminismo em Portugal. No modo de pensar de Adelaide Cabete, as mulheres em Portugal tinham alcançado um estatuto civil superior ao de outros países porque os direitos civis que lhe eram reconhecidos quase lhe conferiam um “grau completo de igualdade civil”, faltando apenas que lhes fosse atribuída igualdade política<sup>22</sup>.

Aos olhos de hoje não deixa de causar espanto o que se afigura como um excesso de optimismo da presidente do Conselho. É certo que a lei do divórcio, a lei da investigação da paternidade, as leis de família e a abertura a profissões liberais constituíam uma das partes mais importantes da efectivação dos direitos da mulher e, como tal, foram internamente reconhecidos, não deixando de ser situados e datados e, portanto, sujeitos ao devir histórico e, sobretudo, à vivência dos seres humanos, nomeadamente das mulheres, na busca constante da sua plena dignificação. Entende-se,

---

<sup>20</sup> Cabete, Adelaide. *Discurso proferido pela Delegada do Governo na Sessão Solene de 14 de Maio de 1923 dedicada às delegadas oficiais (Roma), apud O Congresso Internacional Feminista de Roma. Relatório*, supracitado, p. 15.

<sup>21</sup> Cabete, Adelaide. *O Congresso Internacional Feminista de Roma. Relatório*, supracitado, p. 6.

<sup>22</sup> Cabete, Adelaide. *Discurso proferido pela Delegada do Governo na Sessão Solene de 14 de Maio de 1923 dedicado às Delegadas Oficiais, Roma*, p. 15.

assim, que o Conselho Nacional das Mulheres Portuguesas tenha mantido a sua intervenção ao longo de cerca de três dezenas de anos. Os princípios teóricos que lhe haviam servido estatutariamente de base nunca foram alterados, como acima se referiu, mantendo o Conselho o mesmo espírito em defesa dos direitos das mulheres, apenas concretizados de modo diferente de acordo com as exigências dos tempos e a conquista continuada de outras formas de ser e de estar que foram configurando sucessivamente a noção teórica e prática de ser mulher. Ao longo dos anos e sob a direcção de Sara Beirão e de Isabel Cohen, sucessoras de Adelaide Cabete, o Conselho foi configurando a sua intervenção em defesa dos direitos civis e políticos das mulheres, sem nunca ter conseguido que estes últimos, centrados na sua condição de eleitoras e de elegíveis, lhes fossem reconhecidos.

As mulheres portuguesas mantiveram-se numa situação de injustiça que o Conselho foi seguindo a par e passo, evocando diversos argumentos para a alterar, que iam desde a função social da mulher e o bem estar da criança, até ao progresso económico e político. O Conselho nunca conseguiu, porém, que estas reivindicações fossem ouvidas, mas não deixou de aplaudir, embora com reservas, o facto de o Estado Novo ter concedido às mulheres o direito de voto e a possibilidade de serem elegíveis para as Juntas de Freguesia e também para deputadas à Assembleia Nacional. Contudo, esta vitória apenas abriu as portas ao futuro, visto que as restrições e exigências impediam uma completa concretização. Por isso se perguntava: "Com que autoridade se fazem estas exigências e restrições, quando o homem para votar apenas lhe basta saber ler e escrever? Esta desigualdade de direitos é necessário que desapareça"<sup>23</sup>.

Quanto aos direitos civis das mulheres, o Conselho colocou em primeiro lugar a instrução/educação. Seguiu-se o "acesso ao trabalho", digamos à profissão, nas mesmas condições que eram oferecidas aos homens: a trabalho igual, salário igual, a igualdade e mérito, igualdade de recompensa. Por outro lado, defendeu a formação profissional das mulheres, o salário mínimo feminino, a faculdade das mulheres disporem dos seus ganhos, a revisão da situação jurídica da mulher casada e a questão da nacionalidade das mulheres casadas com estrangeiros, a separação absoluta de bens no regime matrimonial.

Sob a direcção de Adelaide Cabete e das suas imediatas sucessoras, o Conselho manteve uma certa continuidade na defesa dos direitos das mulheres e da sua

---

<sup>23</sup> Fonseca, Lília, *Alma Feminina*, 1/2, 1931, p. 2, Célia Costa, p. 264.

concretização segundo o cânone do mundo feminista internacional e de acordo com as ideias que professavam de um feminismo moderado. Esta orientação terá sido seguida até 1946, ano em que Maria Lamas eleita presidente, introduziu mudanças profundas que vieram alterar o seu cariz. Como acima se referiu, ela fez aprovar um Programa Geral cujos termos alteraram os princípios doutrinários do Conselho. Este, embora não explicitamente, tornou-se numa associação política, se não partidária, em que o confronto com o regime político vigente terá passado a dominar. Um enorme número de sócias oriundas sobretudo de Lisboa, Coimbra e Vila da Feira marcaram a sua presença, orientadas por Maria Alda Nogueira que estava envolvida na reestruturação do partido comunista e que iria desempenhar no Conselho actividade semelhante. Este facto, aliado à entrada de militantes daquele partido, à instalação de uma nova sede e à adesão de Maria Lamas ao MUD, teriam levantado as suspeitas de dirigentes do regime, que agravadas com o enorme êxito da exposição intitulada *Livros escritos por mulheres*, ditaram a extinção do Conselho<sup>24</sup>.

Maria Lamas não a teria desejado, consciente da sua importância sem que invocasse para isso os direitos esquecidos ou ignorados das mulheres. Dizia ela: “O conselho Nacional das Mulheres Portuguesas deseja, pois, ser um lar espiritual aberto a todas as mulheres. Repetimos: que assim o compreendam todas (...) e teremos dado um grande passo em frente, aproximando-nos daquela realidade justa, equilibrada e verdadeiramente moral a que tão sinceramente aspiramos”<sup>25</sup>.

Seja como for, com a extinção do Conselho desaparecia do plano social, cultural e político português o arauto dos direitos das mulheres enquanto movimento a favor da sua defesa e concretização. Como tal, contribuíra com a sua quota parte para a afirmação da contemporaneidade em Portugal, mediante a implementação dos direitos humanos, no caso em apreço, na sua feição feminina.

### Referências Bibliográficas

Brazão, Arnaldo. *Primeiro Congresso Feminista e de Educação (Relatório)*. Lisboa: Spartacus, 1925.

---

<sup>24</sup> Costa, Célia Rosa Batista. *O Congresso*, pp. 272-273; Lamas, Rosemarie Wank- Nolasco. *Mulheres para além do Seu Tempo*. Vendas Novas, Bertrand Editora, 1995, pp. 121-123.

<sup>25</sup> Lamas, Maria. *Ima Feminina*, 14/1945, p. 2.

- Cabete, Adelaide. *O Congresso Internacional Feminista de Roma. Relatório da Delegada Oficial do Governo Português*. Lisboa: Oficinas Gráficas do Instituto Profissional dos Pupilos do Exército, 1923.
- Congresso Internacional Feminista de Washington. Relatório*. Lisboa: Oficinas Gráficas do Instituto Profissional dos Pupilos do Exército, 1925.
- *Discurso pronunciado pela Delegada do Governo na Sessão Solene de 6 de Maio de 1925 em Washington, in Relatório*.
- *Discurso pronunciado pela Delegada do Governo em 14 de Maio de 1923 dedicado às Delegadas Oficiais (Roma), in O Congresso.-o Internacional Feminista de Roma, in Relatório*.
- Costa, Célia Rosa Batista. *O Congresso Nacional das Mulheres Portuguesas (1914-1947). Uma Organização Feminista*. Dissertação de Mestrado. Lisboa: Universidade Aberta, 2005.
- Estatutos do Conselho Nacional das Mulheres Portuguesas*. Lisboa: Tipografia La Becarra, 1917.
- Fonseca, Lília, *in Alma Feminina*, nº 1/2, 1931.
- Gouges, Olympe de. *Déclaration des Droits de la Femme dédiée a la Reine.1791. apud Oeuvres. Présentées par Benoîte Groult*. Paris: Mercure de France, 1986, pp. 99-100.
- *Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne, apud Oeuvres. Présentées par Benoîte Groult*. Paris. Mercure de France, 1986, pp. 101-109.
- .Lamas, Maria. *apud Alma Feminina*, nº 14, 1945.
- Lamas, Rosemarie Wank-Nolasco. *Mulheres para além do Seu Tempo*. Vendas Novas: Bertrand Editora, 1955.
- Lopes, Ana Maria Costa Lopes. *Imagens da mulher na imprensa de oitocentos. Percursos de modernidade*. Tese de Doutoramento. Lisboa, Quimera, 2005.
- Lousada, Isabel. *Adelaide Cabete*. Lisboa: CIG, 2010.
- Silva, Regina Tavares da. *Carolina Beatriz Ângelo, 2010*.

# AS MULHERES PORTUGUESAS E A HUMANIZAÇÃO DA GUERRA (1912-1918<sup>1</sup>)

## PORTUGUESE WOMEN AND THE HUMANIZATION OF WAR (1912-1918)

Natividade Monteiro

*Investigadora do IHC e do CICS-Faces de Eva-FCSH-UNL*

**Resumo:** Este artigo pretende abordar as obras e redes de assistência humanitária das organizações femininas portuguesas, criadas durante a Grande Guerra. A mobilização das mulheres para o esforço de guerra não pode desligar-se do movimento feminista, moldado por dirigentes que conferiram valor social e político à sua intervenção, reivindicando a recompensa em direitos de cidadania. A participação pública das mulheres na assistência material e moral aos combatentes e outras vítimas da guerra, iniciou-se logo após a eclosão do conflito, pela mão das feministas republicanas, e ganhou contornos nacionais com a declaração de guerra da Alemanha a Portugal. A participação portuguesa na frente europeia da guerra provocou uma onda patriótica de voluntariado feminino que ampliou os objectivos e os campos de acção das republicanas e mobilizou também as monárquicas e católicas para a cooperação no esforço bélico do país. Fundaram associações patrióticas e humanitárias de âmbito nacional que apoiaram os soldados, acudiram às famílias carenciadas, educaram os órfãos, formaram enfermeiras e prestaram assistência hospitalar aos feridos e mutilados de guerra. Elas trabalharam pela preservação da vida e humanizaram o sofrimento causado pela violência da guerra.

**Palavras-chave:** Mulheres, Grande Guerra, Associações patrióticas e humanitárias.

**Abstract:** This paper approaches the work and humanitarian assistance networks developed by Portuguese feminist organizations created during the First World War. The mobilization of women for the war effort cannot be dissociated from the feminist movement, shaped by leaders whose intervention was ripe with social and political value as they called for a just reward for women in the shape of citizenship rights. The public participation of women in the material and moral assistance to combatants and other war victims started right after the outbreak of the conflict, firstly with the republican feminists, and became nationwide following the declaration of war on Portugal by Germany. The Portuguese participation in the European front caused a patriotic wave of women's volunteering, which again broadened the aims and the field of action of republican women, and also mobilized monarchist and catholic women to cooperate in the country's war effort. They founded patriotic and humanitarian associations of national scope to support the soldiers, assisted families in need, educated the orphans, trained nurses and provided medical assistance to the wounded and maimed in hospitals. They worked towards the preservation of life and humanized the suffering caused by the violence of war.

**Keywords:** Women, First World War, Patriotic and humanitarian associations.

---

<sup>1</sup> Este artigo baseia-se num trabalho de investigação mais amplo com vista à elaboração da tese de doutoramento em História Contemporânea, sobre a "Mobilização das Mulheres Portuguesas durante a Grande Guerra".

### **1. Feminismo, pacifismo, nacionalismo e discurso patriótico**

Quando a guerra eclodiu na Europa, em Agosto de 1914, as feministas portuguesas já tinham percorrido um longo caminho de activismo militante nas associações pacifistas, feministas, republicanas e maçónicas, empenhando-se na propaganda republicana, anti-clerical e livre-pensadora e na luta pela igualdade de direitos cívicos e políticos. A guerra surpreendeu-as, ainda mal refeitas da desilusão que representou a lei eleitoral de 1913, que as excluía inequivocamente do direito de voto<sup>2</sup>, pelo qual tinham pugnado desde 1908, com a apresentação da Tese ‘Feminismo’ no I Congresso Nacional do Livre Pensamento<sup>3</sup>. Embora a República lhes tivesse concedido a igualdade de direitos na família e no divórcio, legislasse sobre a investigação da paternidade ilegítima e lhes facultasse o acesso ao funcionalismo público e às carreiras universitária e jurídica, a reivindicação do voto continuava a ser a bandeira das feministas, tanto radicais como moderadas. A guerra estabeleceu outras prioridades e abriu novos campos de actuação mas a questão do sufrágio manteve-se viva nos órgãos de imprensa das associações feministas, embora esmorecessem as petições aos governos republicanos<sup>4</sup>.

A intervenção das mulheres no esforço de guerra, em cumprimento de um dever patriótico, visava conquistar o reconhecimento do seu valor e dignidade e a recompensa em direitos sociais, cívicos e políticos. Aos opositores que argumentavam não terem as mulheres direito ao voto por não cumprirem o dever do serviço militar, respondiam as feministas que os deveres inerentes à maternidade - dar a vida e oferecê-la em sacrifício por amor da Pátria -, velar pela ordem familiar e prestar serviço social e humanitário aos filhos da nação, superavam o valor do serviço das armas nos campos de batalha. O alargamento da cidadania às mulheres traria benefícios à colectividade, atenuaria as desigualdades e acabaria com os privilégios de sexo.

---

<sup>2</sup> A lei n.º 3 de 3 de Julho de 1913 era explícita quanto ao sexo dos cidadãos com direito de voto, enquanto a de 1911, ao referir-se aos cidadãos portugueses, podia interpretar-se como extensiva a homens e mulheres. Esta ambiguidade foi aproveitada pelas feministas e justificou a sentença do juiz João Baptista de Castro que reconheceu o direito de voto a Carolina Beatriz Ângelo, direito que ela exerceu nas eleições para a Assembleia Constituinte, em 28 de Maio de 1911, tornando-se a primeira eleitora da Península Ibérica e da Europa do Sul.

<sup>3</sup> Monteiro, Natividade. O Debate em torno da Tese «Feminismo» apresentada ao I Congresso Nacional do Livre Pensamento em 1908. *Quem tem medo dos feminismos? Congresso Feminista 2008. Actas*. Vol.II. Funchal, Nova Delphi, pp. 101-110.

<sup>4</sup> A reivindicação do voto restrito a uma elite de mulheres já tinha sido incluída nas representações ao poder republicano pela Liga Republicana das Mulheres Portuguesas, LRMP, em 1910, 1911 e 1912. A Associação de Propaganda Feminista, APF, fez também uma petição em 1911 que foi aprovada pelo Senado e rejeitada pela Câmara dos Deputados. Durante a guerra, a APF e o Grémio Carolina Ângelo fizeram uma petição em 1915 e a LRMP fez outra em 1918.

É tempo de lhe serem concedidos mais direitos sociais e políticos e não só responsabilidades, porque a mulher pode tornar-se um factor estimulante de progresso, capaz de contribuir para o crescimento das riquezas públicas e da felicidade colectiva (...). É urgente que a mulher seja eleitora e eleita para que as leis não sejam feitas apenas pelos homens, sendo eles a assegurar as prerrogativas do seu sexo<sup>5</sup>.

Aos primeiros ecos da guerra, as feministas republicanas, após alguma hesitação entre o pacifismo e o nacionalismo, optaram pelo apoio ao projecto belicista do governo<sup>6</sup>, à semelhança do que vinha acontecendo nos países envolvidos no conflito ou em vias de nele participarem. Sobretudo na Europa, as organizações feministas colocaram-se ao serviço das respectivas pátrias, em detrimento dos movimentos de fraternidade internacional, quebrando as relações e os laços tecidos desde os finais do século XIX<sup>7</sup>. O pacifismo, que tinha sido a primeira via de participação pública das mulheres e da internacionalização do movimento feminista português, não resistiu à corrente nacionalista que percorreu os países em conflito. Em Portugal, a aliança entre feminismo e republicanismo, a militância política e as fidelidades partidárias das feministas ditaram a opção óbvia entre o pacifismo e o patriotismo, quando este era apresentado como benigna e respeitável forma de nacionalismo que legitimava a guerra como fonte de regeneração da raça e da nação<sup>8</sup>.

A Associação de Propaganda Feminista, APF (1911-1918), filiada na International Women Suffrage Alliance, IWSA, e o Conselho Nacional das Mulheres Portuguesas, CNMP (1914-1947), filiado no International Council of Women, ICW, receberam com frieza o convite para participarem no Congresso Internacional Pacifista, realizado em Haia na Primavera de 1915. A APF e a Liga Republicana das Mulheres Portuguesas, LRMP (1908/9-1919), alinharam na posição das feministas do Conseil National des Femmes Françaises e da Union Française pour le Suffrage de Femmes, alegando não poderem falar de paz numa guerra defensiva, sobretudo quando as mulheres dos países inimigos não condenavam as barbaridades cometidas pelos seus exércitos. Falar de paz, naquele contexto, era favorecer os interesses da Alemanha. O

---

<sup>5</sup> Alves, Maria Clara Correia. Bulletin pour l'étranger. Féminisme, *Boletim Oficial do Conselho Nacional das Mulheres Portuguesas*, n.º. 1-A, Fevereiro de 1915, p. 1-3 (Tradução livre).

<sup>6</sup> Após o Congresso de 1911, o Partido Republicano Português dividiu-se em três tendências: Partido Democrático, o mais radical, sob a chefia de Afonso Costa, principal defensor da beligerância portuguesa; Partido Evolucionista, mais moderado, chefiado por António José de Almeida, e Partido da União Republicana, mais conservador, chefiado por Brito Camacho.

<sup>7</sup> Fell, Alison S. y Sharp, Ingrid, (ed.). *The Women's Movement in Wartime. International Perspectives, 1914-1919*. New York: Palgrave Macmillan, 2007.

<sup>8</sup> Caine, Barbara y Sluga, Glenda. *Género e Historia en el cambio sociocultural europeo, de 1780 a 1920*. Madrid: Narcea, 2000, p. 179.

CNMP continuou a defender o mito do natural pacifismo feminino, até que a recomendação do ICW para os conselhos nacionais cumprirem o dever patriótico de apoiar os seus governos, o levou a afirmar que, naquela conjuntura, era improfícua a defesa da paz.

As feministas portuguesas aderiram assim ao intervencionismo, num país dividido quanto ao regime e quanto à guerra. Os monárquicos conspiravam contra a República e muitos não escondiam as simpatias pela Alemanha, os republicanos não se entendiam, os governos sucediam-se e a sociedade dividia-se entre o apoio aos aliados e a defesa da neutralidade. O Partido Democrático era o mais acérrimo defensor da beligerância portuguesa, para honrar a aliança com a Inglaterra, defender o direito histórico às colónias africanas, prestigiar o regime republicano, impedir veleidades da parte de Espanha<sup>9</sup> e garantir o lugar de Portugal no concerto das nações. Este projecto nacionalista visava a união de todos os portugueses<sup>10</sup>, pela independência da Pátria e pela integridade do seu território.

Abraçada a causa da guerra, as feministas combateram a neutralidade e a germanofilia, manifestaram-se solidárias com as mulheres dos países invadidos e fizeram propaganda patriótica a favor da beligerância portuguesa. Na imprensa denunciaram as violações, o trabalho forçado e as deportações das mulheres dos territórios ocupados, publicaram apelos das feministas estrangeiras e escreveram manifestos de solidariedade que fizeram circular no território nacional, nas colónias e no Brasil, em apoio às mulheres belgas, francesas, sérvias e polacas. O nacionalismo exacerbado que valorizava a identidade e a raça, potenciando o ódio ao Outro, permitiu que, pela primeira vez, se debatesse o destino das crianças nascidas das violações. Em França, a discussão sobre “l’enfant du barbare”, fruto da violência e da desonra, envolveu intelectuais, feministas, representantes da Igreja, médicos e cientistas. A preocupação com a contaminação da raça francesa pelo sangue alemão levou estes últimos a considerar o aborto legítimo, para eliminar os vestígios do crime e da infâmia, argumentando que “*abortion is a crime, but killing an enemy on the field of battle is a glorious act; preventing the birth of a product of a criminal attack is not only licit but*

---

<sup>9</sup> Os monárquicos exilados em Espanha fizeram incursões armadas no norte de Portugal em 1911 e 1912 e os republicanos, acreditando na convivência das autoridades espanholas, temiam qualquer intervenção, sob o pretexto da instabilidade política da jovem República.

<sup>10</sup> Teixeira, Nuno Severiano. *O poder e a guerra 1914-1918. Objectivos nacionais e estratégias políticas na entrada de Portugal na Grande Guerra*. Lisboa: Estampa, 1996.

*even necessary*<sup>11</sup>”. As portuguesas, ao corrente dos debates, tocam ao de leve no tema e, em consonância com algumas francesas que propunham “*nous en ferons un bon français, ce sera notre vengeance*”<sup>12</sup>, defendem o direito à vida dos inocentes. Embora sensíveis ao sofrimento, vexame e humilhação das companheiras, não transgrediram com os princípios de humanidade que orientavam os seus gestos de fraternal solidariedade.

A propaganda aliada dava grande relevo às mulheres que, voluntariamente, ocupavam o lugar dos homens em todos os sectores da actividade económica e nas indústrias de guerra, trabalhando para alimentar as populações e os exércitos e contribuindo para a vitória militar. Apesar de os governos tardarem a reconhecer a necessidade das mulheres no esforço bélico, o impasse da guerra das trincheiras obrigou à sua mobilização e recrutamento<sup>13</sup>. Sobretudo a propaganda inglesa visava a apresentação espontânea das mulheres<sup>14</sup> para o trabalho de substituição, juntando-se às jovens solteiras que apareciam sorridentes a desempenhar as funções mais masculinizadas. As imagens das enfermeiras nos hospitais, ambulâncias, postos de socorro, comboios sanitários e até no campo de batalha entusiasmavam as senhoras das classes médias e altas a voluntariar-se para levarem ‘cuidado’ e ‘humanidade’ ao austero ambiente militar e amenizarem o sofrimento de doentes, feridos e mutilados.

As dirigentes feministas portuguesas serviam-se destes exemplos para incentivar as outras mulheres a apoiar a intervenção de Portugal na guerra, em nome dos princípios da Liberdade, da Justiça e do Direito contra a barbárie. Maria Veleda (1871-1955), dirigente da LRMP e do seu órgão de imprensa, *A Madrugada*, foi uma das principais promotoras da propaganda a favor da beligerância portuguesa. Apesar de ter pertencido à Liga Antimilitarista, construiu um discurso de inflamado patriotismo, semeado de referências étnicas e cívicas que evocavam um património histórico de memórias heroicas e sentimentos de pertença como parte integrante da nação política,

---

<sup>11</sup> Grayzel, Susan R. *Women's Identities at War. Gender, Motherhood and Politics in Britain and France during the First World War*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1999, pp. 57-58.

<sup>12</sup> Cova, Anne. *Maternité et Droits des Femmes en France (XIXe-Xxe siècles)*. Paris, Antropos, 1997, p. 197; Thébaud, Françoise. *Les Femmes au temps de la guerre de 14*. Paris: Édition Payot & Rivages, 2013, pp. 78-81.

<sup>13</sup> Thébaud, Françoise. “A Grande Guerra. O Triunfo da Divisão Sexual”. En Duby, Georges y Perrot, Michelle (dir.). *História das Mulheres no Ocidente. O Século XX*. Vol. V. Porto, Edições Afrontamento, 1994, pp.36-38.

<sup>14</sup> Schiavon, Emma. *Interventiste nella Grande Guerra. Assistenza, propaganda, lotta per i diritti a Milano e in Italia (1911-1919)*. Firenze/Milano: Le Monnier Università/Mondadori Education, 2015, p. 50.

assente no ideal republicano da cidadania democrática<sup>15</sup>. Ana de Castro Osório (1872-1935), dirigente da APF e do jornal *A Semeadora*, potenciou a retórica desse mesmo discurso e transformou-se na figura mais emblemática do movimento patriótico e humanitário no período da guerra. Desde o início que se dedicou inteiramente à mobilização das mulheres portuguesas para apoiar os combatentes, organizar a frente interna, velar pela ordem social e substituir os homens, quando fosse necessário.

Sem uma hesitação, sem um protesto, ei-las que se apresentam com firmeza e com dignidade, afirmando aos homens de hoje, como as suas avós o afirmaram, por certo, aos que iam em demanda de novas rotas e países mal entrevistos em sonhos de grandeza, que podem partir confiadamente deixando às suas mulheres o encargo, não menos glorioso, de fazer dos seus filhos cidadãos portugueses e de cuidar da terra, que os há-de acolher e sustentar na volta<sup>16</sup>. Os homens que tanto têm desdenhado das justas pretensões femininas, têm de reconhecer forçosamente que a cooperação da mulher é preciosa e que ela é tanto mais útil quanto mais consciente e mais independente é quem a dá<sup>17</sup>.

Na sua perspectiva, as portuguesas deviam mostrar que não eram incapazes nem inferiores às mulheres dos outros países. Elas não podiam hesitar perante os sacrifícios exigidos nem desmerecer a tradição heróica das antepassadas que, na ausência dos homens que partiram em busca de conquistas e descobertas, garantiram durante séculos a subsistência da família, a coesão social e a identidade nacional. A guerra representava a oportunidade de acederem a profissões antes vedadas e mostrarem o seu valor, inteligência e capacidades de trabalho. Naquele momento difícil, tinham de estar preparadas para acudir às necessidades do país e empreender obras de futuro que produzissem riqueza, melhorassem a vida dos mais desfavorecidos e modernizassem a sociedade. Os homens reconheceriam que o esforço feminino tinha correspondido ao sangue derramado nos campos de batalha e o poder político recompensaria o seu contributo educativo, social e económico, com direitos de plena cidadania<sup>18</sup>.

## **2. As organizações patrióticas e humanitárias das republicanas**

Pouco tempo após o início do conflito, Portugal ainda não estava formalmente em guerra mas os exércitos alemães já faziam incursões armadas nos territórios das

---

<sup>15</sup> Catroga, Fernando. *Ensaio Respublicano*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, p. 12.

<sup>16</sup> Osório, Ana de Castro. *Em tempo de guerra. Aos homens e às mulheres do meu país*. Lisboa: Ventura e Companhia, 1918, p. 13.

<sup>17</sup> Osório, Ana de Castro. *Em tempo ...*, p.10.

<sup>18</sup> Osório, Ana de Castro. *Em Tempo de Guerra*. Lisboa: Ed. Ventura, 1918.

colónias africanas. Para responder às incursões alemãs, enviaram-se contingentes armados para Angola e Moçambique, a partir de Setembro e Outubro de 1914. O movimento a favor dos mobilizados para África e dos exércitos aliados foi iniciado por Ana de Castro Osório, Ana Augusta Castilho (?-1916), Antónia Bermudez e Maria Benedicta Mouzinho de Albuquerque Pinho (1864-1939), que fundaram a Comissão Feminina ‘Pela Pátria’, com o objectivo de fazer propaganda patriótica, angariar donativos, confeccionar agasalhos e organizar o trabalho feminino. Com o apoio da LRMP e da APF, a Comissão recorreu às Câmaras Municipais para mobilizar as mulheres, sobretudo as professoras, para a confecção e recolha de agasalhos. A Comissão fornecia a matéria-prima necessária à confecção de roupa, ligaduras e pensos para curativos e recolheu material sanitário e outros bens necessários aos doentes e feridos que enviou para Angola e para os exércitos aliados. As entidades belgas, francesas e britânicas agradeceram, reconhecidamente, os donativos, e Marguerite Carnot, presidente da Association des Dames de France, salientou a generosidade das mulheres portuguesas<sup>19</sup>.

Com a declaração de guerra da Alemanha a Portugal, em 9 de Março de 1916, Elzira Dantas Machado (1865-1942<sup>20</sup>), esposa de Bernardino Machado, Presidente da República, e Ana de Castro Osório, decidiram ampliar os objectivos e o alcance da Comissão Feminina ‘Pela Pátria’ e fundaram a Cruzada das Mulheres Portuguesas, CMP, “uma instituição patriótica e humanitária, destinada a prestar assistência material e moral aos que dela necessitassem por motivo do estado de guerra com a Alemanha<sup>21</sup>”. Conferiram-lhe um carácter semi-oficial quando convidaram as esposas dos mais destacados políticos republicanos e solicitaram o apoio do governo para dar forma ao programa que pretendiam implementar nas áreas da educação profissional e do trabalho feminino, na formação de enfermeiras e nos serviços de saúde militar. A CMP uniu mulheres sem experiência associativa e activistas do movimento feminista.

A nova associação foi organizada em comissões autónomas com responsabilidades específicas, dirigidas por mulheres da elite republicana e presididas pelas esposas dos membros do governo da União Sagrada. Com o apoio das Câmaras Municipais, governos civis e redes políticas, feministas e pessoais, mobilizou as mulheres para o trabalho voluntário e a criação de 72 subcomissões, espalhadas pelo

---

<sup>19</sup> Carnot, Marguerite. *Carta a Ana de Castro Osório*. Paris: 1915.

<sup>20</sup> Elzira Dantas Machado e suas filhas militavam na LRMP e na APF.

<sup>21</sup> *Estatutos da Cruzada das Mulheres Portuguesas*. Lisboa: Imprensa Nacional.

país, pelas colónias e comunidades emigradas, que replicavam localmente o trabalho da CMP. A Subcomissão Feminina da Grande Comissão Portuguesa ‘Pró-Pátria’, constituída pelas mulheres das elites emigradas no Rio de Janeiro, representava a CMP no Brasil e incentivou a formação de outras subcomissões em muitas outras cidades. A Grande Comissão Portuguesa ‘Pró-Pátria’, apostada no socorro, assistência e amparo dos órfãos de guerra, foi a maior contribuinte das obras da CMP, da Cruz Vermelha Portuguesa e da Junta Patriótica do Norte. Construiu o Asilo-Escola Pró-Pátria na Quinta dos Vales, em Coimbra, transformado no Hospital Sanatório da Colónia Portuguesa do Brasil nos anos 30 e, mais tarde, conhecido como Hospital dos Covões<sup>22</sup>.

### **2.1. Solidariedade, assistência e serviço social**

A Comissão de Propaganda e Organização do Trabalho, secretariada por Ana de Castro Osório, lançou a Inscrição Patriótica que apelava ao dever cívico e enunciava as frentes de trabalho em que as mulheres podiam colaborar. Era uma arregimentação oficiosa que visava saber com quantas mulheres podia contar e que serviços deveria implementar, a fim de organizar o trabalho feminino na frente interna. Esta antecipação a qualquer iniciativa oficial procurava ganhar terreno e influência junto do governo e revelou-se uma estratégia de grande alcance político. A CMP tornou-se o pólo dinamizador e a parceira do governo na assistência aos militares em campanha, na mobilização moral do povo português e levantamento do espírito nacional, “criando nos portugueses uma atmosfera de entusiasmo patriótico e de crença absoluta nos altos destinos da Pátria<sup>23</sup>”.

Com essa estratégia, a CMP implantou-se, teve o apoio da sociedade civil e angariou os meios necessários à criação das obras sociais, educativas e de assistência hospitalar. A Comissão de Auxílio às Mulheres dos Mobilizados, presidida por Joana Queiroga de Almeida, esposa do chefe do governo, fundou a Casa do Trabalho que ensinava e empregava mulheres que precisavam de sustentar a família. Ali produzia-se roupa branca, camisas, alpergatas, rendas e bordados para casas comerciais, com serviços de ajuntadoria, lavandaria e engomadoria e uma creche para os filhos das operárias. A Comissão concedia subsídios às famílias carenciadas, encaminhava mulheres para empregos disponíveis em serviços públicos e privados e apoiava

---

<sup>22</sup> Monteiro, Natividade. *Mulheres e Cidadania na I República. Mobilização e Migração na Guerra 1914-1918. 1974-2014. 40 Anos de Migrações em Liberdade*. Lisboa: Mulher Migrante. Associação de Estudo, Cooperação e Solidariedade, 2015, pp. 32.

<sup>23</sup> Osório, Ana de Castro. Entrevista. *A Opinião*, 2/5/1916, p. 1.

juridicamente a regularização de casamentos e adopções com vista à obtenção de pensões de sangue. A Comissão de Auxílio aos Filhos dos Soldados fomentou as indústrias artesanais, acolheu e educou os órfãos de guerra e fundou a Escola Profissional N.º 1, em Lisboa, e a Colónia Agrícola Feminina, em Alcobaça<sup>24</sup>, para dotar profissionalmente as filhas dos mobilizados. Para apoiar material e moralmente os combatentes criou a Obra dos Afilhados de Guerra, com escritório próprio, que centralizou a correspondência, as remessas de donativos e a protecção das famílias dos militares mais desfavorecidos.

## 2.2 A criação de um serviço autónomo de saúde militar

A criação de um serviço autónomo de saúde para actuar no contexto da guerra foi possível graças ao Ministro da Guerra, Norton de Matos que autorizou as Comissões de Enfermagem e de Hospitalização a formar enfermeiras militares<sup>25</sup> e a levantar, transportar e socorrer os feridos dos corpos expedicionários, podendo usar os distintivos e usufruir das garantias nacionais e internacionais que eram privilégio da Sociedade Portuguesa da Cruz Vermelha, CVP<sup>26</sup>. Concessão de grande significado político, deveu-se à iniciativa de Elzira Dantas Machado, à pressão exercida por Ana de Castro Osório na imprensa feminista e às propostas da CMP, que se comprometeu a organizar serviços de saúde, a expensas próprias. O governo da União Sagrada concedeu à CMP outros benefícios, como edifícios para hospitais, escolas e creches, a isenção de franquia na correspondência e a autorização para uma lotaria patriótica.

A Escola de Enfermagem, sob a direcção técnica da médica Sofia Quintino (1878-1964), formou enfermeiras militares que prestaram serviço nos hospitais da retaguarda e nos hospitais do Corpo Expedicionário Português, CEP, em França. O médico Alfredo Tovar de Lemos encarregou-se da formação especializada das enfermeiras tornando-as aptas a ministrar tratamentos inovadores de recuperação dos mutilados de guerra, com o apoio dos médicos Aurélio da Costa Ferreira e José Pontes. Todos eles estavam ao corrente das inovações da medicina, cirurgia e fisioterapia, verificadas no curso da guerra em França, na Bélgica e na Itália, conhecimentos bebidos

---

<sup>24</sup> Decreto n.º 3525 de 6 de Novembro de 1917.

<sup>25</sup> Decreto n.ºs 3306 de 21 de Agosto de 1917.

<sup>26</sup> Decreto n.º 2493 de 3 de Julho de 1916.

em estágios e nas Conferências Inter-aliadas, a que assistiram em representação de Portugal<sup>27</sup>.

Os cursos tinham a duração de quatro meses e os estágios não iam além de um ou dois meses<sup>28</sup>. Não era o ideal, mas a conjuntura assim o exigia. A aprovação nos exames, o certificado de robustez física e psicológica e o atestado de um comportamento moral irrepreensível, abria a porta a uma profissão digna, conceituada e valorizada, por responder às necessidades prementes da guerra e revestir-se de um simbolismo maternal e humanitário, que se identificava com as qualidades e os papéis tradicionais das mulheres, reprodutoras da vida e cuidadoras da saúde e vitalidade do corpo da nação. As enfermeiras militares foram elogiadas pelo profissionalismo, ‘viril coragem’, boa vontade, assiduidade, notável dedicação e grande bondade para com os doentes e feridos<sup>29</sup>, apesar de muitas vezes estarem sujeitas a avaliações contaminadas por factores ideológicos e preconceitos de classe e de género.

A Comissão de Hospitalização, dirigida por Alzira de Abreu Costa, esposa de Afonso Costa, Ministro das Finanças, instalou o Hospital Médico-Cirúrgico no antigo Colégio Jesuíta de Campolide, com a capacidade para 1200 leitos e equipado com dez especialidades em medicina e cirurgia, laboratórios, meios de diagnóstico e farmácia. Dirigido pelo Professor da Escola Médica de Lisboa, Francisco Gentil (1878-1964), estava preparado para ser um centro de ensino e de investigação científica. Esta Comissão instalou também em França o Hospital Militar Português no Hotel-Casino de Hendaia, oferecido gratuitamente pelo arquitecto Henri Martinet, amigo de Bernardino Machado. Organizado pelo Professor da Faculdade de Medicina, Dr. Silvio Rebelo, destinou-se a doentes e feridos em convalescença. Com uma localização privilegiada, gozava de bons ares e clima ameno, se comparado com o clima agreste da Flandres, condições excelentes para as curas de ar livre, banhos de sol e de mar.

A Comissão de Assistência aos Mobilizados, presidida por Ester Norton de Matos, fundou o Instituto de Reeducação dos Mutilados de Guerra, sob a direcção do Dr. Alfredo Tovar de Lemos. Este instituto tinha sete especialidades de fisioterapia,

---

<sup>27</sup> Monteiro, Natividade. “A Cruzada das Mulheres Portuguesas e a assistência aos feridos e mutilados de guerra, 1916-1918”. En s.a. *Cruzada das Mulheres Portuguesas*. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2016, pp. 32.

<sup>28</sup> Portaria n.º 1124 de de 27 de Outubro de 1917 aprova o programa dos cursos de enfermagem e a Portaria n.º 1180 de 26 de Novembro de 1917 aprova o regulamento dos estágios.

<sup>29</sup> Monteiro, Natividade, “Pela Pátria e pela República. As Mulheres Republicanas na I Guerra Mundial”. En: Castro, Zília Osório de, Esteves, João, Monteiro, Natividade (coord.). *As Mulheres na I República. Percursos, Conquistas e Derrotas*. Lisboa: Faces de Eva-CESNOVA/Colibri, 2011, pp. 198.

oficinas com doze opções de formação profissional e aulas de instrução primária, e instrução elementar comercial, industrial e agrícola. Pretendia-se, com esta obra de guerra, não só tratar as feridas físicas e psicológicas dos mutilados mas, sobretudo, recuperá-los para a vida activa, através de uma pedagogia humanista de auto-estima que facilitasse a adaptação à sua deficiência e a reeducação funcional e profissional que lhes permitissem reintegrar-se na sociedade e ganhar a vida com dignidade<sup>30</sup>. Os regulamentos destas ‘formações sanitárias autónomas’ previam que as Comissões Administrativas fossem presididas e constituídas por senhoras da CMP, coadjuvadas por oficiais da administração militar, que as formações sanitárias fossem constituídas por médicos, médicas e enfermeiras.

A CMP sofreu um rude embate com o golpe revolucionário chefiado por Sidónio Pais, em 5 de Dezembro de 1917, que destituiu o governo e o Presidente da República e iniciou um período sombrio de perseguições políticas, prisões arbitrárias e o exílio de membros destacados do Partido Democrático. A dinâmica, intervenção e influência da CMP ressentiram-se porque o novo poder político tomou a administração dos hospitais, não definiu a situação da Escola de enfermagem e a sobrevivência das restantes obras deveu-se ao esforço e dedicação das mulheres que não se amedrontaram com as campanhas de descredibilização e as perseguições movidas às principais dirigentes, algumas das quais seguiram os maridos no exílio. O sidonismo durou um ano e, em 1919, a CMP viu o seu trabalho reconhecido com a Grã-Cruz da Torre e Espada. Elzira Dantas Machado, também agraciada e ainda exilada, agradeceu o reconhecimento dos serviços prestados e informou que, tendo sido eleita para a presidência da Cruzada como mulher do presidente da República, naquele momento, como mulher do Presidente destituído, não lhe era lícito aceitar tal distinção<sup>31</sup>.

### **2.3 A Casa dos Filhos dos Soldados**

Na cidade do Porto, as republicanas também se organizaram em torno da Junta Patriótica do Norte, JPN, uma colectividade de carácter cívico fundada em Março de 1916, com o objectivo de apoiar material e moralmente os combatentes, defender os seus direitos, exaltar a memória dos que tombassem em defesa da Pátria e acolher e

---

<sup>30</sup> Monteiro, Natividade. *A Cruzada ...*, p. 37.

<sup>31</sup> Carta de Elzira Dantas Machado ao Dr. Xavier da Silva. Ministro dos Negócios Estrangeiros, 1919, BNP Esp. E52/60.

educar os seus filhos, órfãos e necessitados<sup>32</sup>. Sob a presidência de Filomena Nogueira de Oliveira, o Núcleo Feminino de Assistência Infantil, NFAI (1917-1938), constituído por vinte e uma mulheres, formou-se a convite do Dr. Alberto de Aguiar, Professor da Faculdade de Medicina do Porto e presidente da JPN, a fim de cooperar na organização e administração da Casa dos Filhos dos Soldados, CFS.

Inaugurada em Junho de 1917, a CFS acolheu e educou dezenas de crianças desprotegidas até à maioridade, ministrando-lhes a instrução primária e a formação profissional, fornecendo-lhes os lazeres necessários ao espírito e à alegria de viver, facultando-lhes actividades desportivas e artísticas e incutindo-lhes o espírito de união, de liberdade, civismo e solidariedade<sup>33</sup>. As mulheres seleccionaram o edifício, mobilaram-no, confeccionaram roupas de cama e vestuário, velaram pelas crianças doentes nas epidemias do tifo e da pneumónica, providenciaram um dote para todas e administraram a CFS com rigor e dedicação. Foram as principais dinamizadoras da recolha dos fundos necessários à sua manutenção, através da angariação de subscritore/as, doadore/as, associado/as com quotizações fixas, e contribuintes singulares e colectivos, entre os quais se contavam mais de quinhentas mulheres.

Mobilizaram a sociedade civil portuense para apoiar esta “obra de terna e sincera solidariedade, (...) monumento erguido pela sempre sublime bondade feminina<sup>34</sup>”, instituíram a figura do padrinho de guerra, protector e benfeitor que colaborava na educação e no dote do/as afilhado/as até à maioridade, recrutaram madrinhas de guerra e recolheram donativos para os soldados, organizaram festas e exposições dos trabalhos infantis e promoveram cortejos cívicos em homenagem aos caídos no campo da honra. Participaram na organização de certames de arte, subscrições públicas, edição e venda de livros, postais, emblemas e selos patrióticos, festas de caridade, saraus, concertos, espectáculos teatrais e sessões patrióticas, tudo em benefício da protecção e educação da infância desvalida. Como escreviam no Livro de Honra alguns dos visitantes: a Casa dos Filhos dos Soldados “traduz bem tudo o que há de profundamente amorável na alma portuguesa<sup>35</sup>”; “é extremamente grato verificar que em todos os tempos há espíritos tocados pela generosidade e humanismo de pensar nos

---

<sup>32</sup> Aguiar, Alberto de. *Junta Patriótica do Norte*. Porto: Junta Patriótica do Norte, 1932, p. 33.

<sup>33</sup> Monteiro, Natividade. “O Núcleo Feminino de Assistência Infantil da Junta Patriótica do Norte”. En: Castro, Zília Osório de, Esteves, João (dir.). *Feminae. Dicionário Contemporâneo*. Lisboa: CIG, 2013, pp. 771-779.

<sup>34</sup> Cunha, Severino Ribeiro da Rocha. *Livro de Honra da Casa dos Filhos dos Soldados Portugueses*. Porto: Liga dos Combatentes da Grande Guerra, 1919.

<sup>35</sup> Helder Ribeiro, Ministro da Guerra, 11 de Agosto de 1919.

seus irmãos<sup>36</sup>”; “Bem hajam as almas que dão a estes pequeninos o ambiente de ternura e protecção que nesta Casa encontram os filhos dos pobres soldados que pela Pátria se sacrificaram<sup>37</sup>”.

O mérito educativo e assistencial do NFAI da JPN foi reconhecido pela Cruz Vermelha com a atribuição de medalhas de benemerência e pelo governo que o louvou e o agraciou com a Ordem Militar de Cristo e o grau de Cavaleiro da Ordem Torre e Espada, do Valor, Lealdade e Mérito. A CFS foi orfanato e escola-modelo durante e após a Grande Guerra, transformou-se em lar dos filhos dos combatentes, por motivo da guerra colonial e sobreviveu até aos nossos dias, adaptando-se sempre às contingências da história do país.

### **3. A intervenção patriótica e caritativa das monárquicas**

As monárquicas e católicas, que tinham perdido visibilidade e influência social com a implantação da República, sendo relegadas para o limbo das vencidas, foram ainda mais lestras a anunciar a sua disponibilidade para assistir aos militares, formar enfermeiras e servir nos hospitais. O dever patriótico e o amor ao próximo impeliram-nas a colaborar no serviço social e nas obras de caridade. Fundaram a Assistência das Portuguesas às Vítimas da Guerra, APVG, sob a presidência da Condessa de Burnay, Maria Amélia de Carvalho Burnay (1847-1924), e a vice-presidência da Condessa de Ficalho, Maria Josefa de Melo (1863-1941), com secções nas freguesias de Lisboa, capitais de província<sup>38</sup> e sedes de concelho, de modo a cobrirem o território nacional. À frente destas delegações estavam os nomes mais sonantes da aristocracia titular e da burguesia, detentores da grande propriedade fundiária, dos negócios e da alta finança.

Experientes na criação e gestão de obras filantrópicas e caritativas, escolheram como alvos da sua intervenção os militares, as mulheres e as crianças. Influenciadas e incentivadas pelos exemplos das senhoras estrangeiras da sua classe social, nomeadamente, das rainhas da Bélgica e da Grã-Bretanha, da Imperatriz da Rússia e das suas filhas e, até, da ex-rainha de Portugal, D. Amélia de Bragança, o objectivo maior da sua mobilização era a assistência hospitalar aos feridos de guerra. Para o efeito, havia que criar cursos de enfermagem, preconizando-se que seriam abertos a mulheres de todas as classes sociais, porque os soldados a assistir também o eram e que, nos

---

<sup>36</sup> José Augusto Martins Fernandes Pedreira, Rev.º Bispo Auxiliar do Porto, 13 de Outubro de 1983.

<sup>37</sup> Maria Lamas, 5 de Junho de 1933.

<sup>38</sup> A APVG implantou-se nos distritos de Beja, Castelo Branco, Évora, Faro, Guarda, Leiria, Portalegre, Santarém e Viseu. *O Dia*, 02/06/1917, p. 1.

hospitais da APVG, as aristocratas trabalhavam ao lado das mulheres do povo, “animadas pela mesma fé, no cumprimento nobilíssimo do dever<sup>39</sup>”.

Apesar de a Condessa de Ficalho esclarecer que a APVG era uma instituição patriótica e de caridade, isenta de política e de religião<sup>40</sup>, o governo da União Sagrada desconfiava das verdadeiras intenções das senhoras, ligadas por laços familiares aos monárquicos que conspiravam e se mostravam hostis à participação de Portugal na frente europeia da guerra. Receando a influência que podiam exercer sobre as enfermeiras e no espírito dos soldados, vigiou-as e coarctou os seus projectos, permitindo-lhes apenas o envolvimento nas obras de caridade. Cerceada a liberdade de acção, fundaram a Casa Maternal para acolher os órfãos de guerra e crianças de famílias de poucos recursos, ampliaram as valências de um Dispensário já existente que fornecia alimentos, medicamentos e consultas médicas e criaram o Atelier de Costura e Bordados. À semelhança da Casa do Trabalho da CMP, o Atelier empregava mulheres que, na ausência dos maridos, se transformaram no ganha-pão da família. Obra da iniciativa de Maria de Jesus de Sousa Holstein (1873-1950), esposa de Ayres de Ornelas, lugar-tenente de D. Manuel II, ex-rei de Portugal, transformou-se em escola-oficina onde se ensinavam as mulheres a bordar e a costurar enxovais modestos e artísticos, consoante as encomendas. As mestras, Maria José Burnay de Gusmão (1866-1952), Maria da Assunção José de Melo (1888-1976) e Josefa Santos de Oliveira Bello, orgulhavam-se de terem conseguido que as mãos das mulheres do povo, calejadas pelo mais duro trabalho, produzissem verdadeiras preciosidades, apreciadas pelas elegantes da capital.

Sofia Burnay de Melo Breyner, esposa do médico Tomás de Mello Breyner, casal muito empenhado na assistência religiosa aos soldados em campanha, fundou a Obra das Madrinhas de Guerra, correspondentes, benfeitoras e protectoras dos militares e das suas famílias. Além das cartas de apoio moral, as madrinhas enviavam encomendas de roupa, tabaco, jogos, livros, instrumentos musicais e medicamentos. Esta obra levantou suspeitas e foi criticada pelo radicalismo republicano que receava o proselitismo religioso junto dos combatentes de um Estado apostado no laicismo. Os conflitos ideológicos e religiosos travados na arena política e na imprensa, sustentados

---

<sup>39</sup> Entrevista de membro da APVG, não identificado, 1916, *O Dia*, 21 de Abril, p. 1.

<sup>40</sup> Ouvindo a Sr.<sup>a</sup> Condessa de Ficalho. *A Opinião*. 25 de Março de 1916, p. 2.

pelos homens, atingiram muitas vezes as mulheres que nem sempre souberam resistir às provocações dos opositores<sup>41</sup>.

Perante as reservas do governo quanto à participação pública das monárquicas e na impossibilidade de organizarem um serviço de saúde autónomo como desejavam, inscreveram-se nos cursos de enfermagem da Cruz Vermelha, e muitas delas trabalharam nos hospitais desta instituição, na frente interna e na frente de combate, em França e em África. A Condessa de Burnay, primeira presidente da APVG, ofereceu à Cruz Vermelha a Vila de Santo António, em Lisboa, para instalar um hospital e uma escola de enfermeiras. O Ministro da Guerra, ao verificar a organização do espaço e a qualidade dos serviços médicos ali prestados, ordenou a sua transformação em hospital para doentes e feridos de guerra. No hospital funcionou também uma escola de Damas Enfermeiras, partindo dali as que foram para os hospitais em França e em África e ali trabalhando muitas das recém-formadas, sendo preferidas pela disciplina, higiene e rigor que impunham nas enfermarias.

Como já se referiu, os governos da União Sagrada elegeram a CMP como parceira na organização da assistência social e hospitalar e como mediadora entre as populações e as instituições do Estado, enquanto hostilizaram as iniciativas da APVG. O governo de Sidónio Pais inverteu esta relação de forças, em 1918, com uma campanha de descrédito e suspeição contra as dirigentes da CMP, às quais retirou a gestão dos hospitais e limitou os poderes sobre a Escola de Enfermagem. Sidónio Pais rodeou-se das monárquicas que auxiliaram as obras de caridade, inclusive a Obra da Assistência 5 de Dezembro ou Sopa dos Pobres. As monárquicas e católicas nutriam grande admiração, quase devoção, por Sidónio Pais, por manter a ordem social e restaurar a liberdade religiosa que permitiam ir “à missa sem se ser insultado e às récitas de caridade sem fazer o testamento<sup>42</sup>”.

As relações de monárquicas e republicanas com o poder político estiveram sempre condicionadas pela orientação ideológica dos governos e pelas estratégias na condução da guerra. Com projectos semelhantes e objectivos comuns não cederam um passo para unir vontades e meios, a não ser em eventos a favor da CVP. Enquadradas nas organizações existentes ou trabalhando autonomamente, as mulheres portuguesas

---

<sup>41</sup> Moura, Maria Lúcia de Brito. “A Assistência aos combatentes na I Guerra Mundial: um conflito ideológico”. *Revista Portuguesa de História*, 2006, 39, pp. 41-75.

<sup>42</sup> Clarinha, s. d. *Cartas à Prima (Crónica de Lisboa)*. Lisboa, Livraria Bertrand, p. 118. Edição que reúne as crónicas publicadas sob o mesmo título no *Diário Nacional*, entre 1917 e 1918. Clarinha é o pseudónimo de Carlota de Serpa Pinto.

sentiram que era um dever cívico servir a Pátria. Por todo o país proliferavam comissões autónomas que se juntavam às duas grandes organizações na promoção de espectáculos, festas, quermesses, récitas, teatro amador, sessões de animatógrafo, chás e bailes de caridade, conferências, sessões patrióticas e peditórios a favor dos feridos, órfãos e prisioneiros de guerra. Em todos os lares, mulheres anónimas de todas as idades tricotavam, costuravam e recolhiam agasalhos ou outros donativos. As iniciativas promovidas por umas e outras multiplicavam-se.

### **3. 1. As Damas Enfermeiras da Cruz Vermelha**

As damas enfermeiras distinguiram-se das enfermeiras militares pela classe social a que pertenciam e pelas crenças que professavam. Oriundas da aristocracia e da alta burguesia, muitas pertenciam aos círculos familiares das dirigentes da APVG. A Cruz Vermelha intensificou a criação de cursos de enfermagem a partir de 1915 e tinha orgulho no pioneirismo que representou a enfermagem feminina nos seus hospitais. Elas preparavam o material das missões sanitárias e dos hospitais de campanha que a Cruz Vermelha instalou em Angola e Moçambique, prestaram serviço no Hospital de Lourenço Marques, hoje Maputo, nos hospitais de retaguarda em Lisboa e no Porto e noutros instalados no norte e centro do país, por ocasião das epidemias do tifo exantemático e da pneumónica. Em França, a Cruz Vermelha construiu de raiz um hospital modelo para feridos, na Base do Corpo Expedicionário Português, CEP, em Ambleteuse, onde trabalhou o maior grupo de damas enfermeiras. Algumas delas trabalharam também nos hospitais da Base do CEP e nos hospitais de sangue, mais perto das linhas de combate. Os seus serviços foram louvados por civis e militares, salientando as suas qualidades de carácter, a dedicação, zelo e carinho para com os doentes, a competência profissional e rara abnegação, “exemplos vivos das elevadas virtudes cívicas e morais da Mulher Portuguesa<sup>43</sup>”.

Damas enfermeiras e enfermeiras militares tiveram um papel relevante no quadro da guerra, pelo empenho e dedicação na assistência aos feridos, doentes e mutilados e pelo pioneirismo no exercício de uma profissão militarizada que invadiu território masculino e testou os limites da resistência física e psicológica. A imagem romântica da enfermeira, projectada na imprensa, nos postais, cartazes e outros meios de propaganda, escondia a dura realidade de um quotidiano marcado pela violência da

---

<sup>43</sup> ‘Louvores’. Ordem de Serviço do Quartel General Central, n.º 141, de 27 de Maio de 1919. AHCVP, Hospital da CVP em Ambleteuse, França.

guerra e pelo sofrimento, e subordinado a uma rígida disciplina militar, grande exigência profissional, máxima coragem e irrepreensível comportamento moral. As enfermeiras responderam aos apelos patrióticos para intervirem na guerra e investiram-se no papel de mães espirituais, cuidando dos filhos da nação. Suavizaram dores físicas e morais, confortaram moribundos, choraram os mortos, em nome da honra dos heróis e grandeza da Pátria. Protagonizaram uma profissão valorizada em tempo de guerra e socialmente útil em tempo de paz que lhes garantiu maior consciência política, autonomia, independência económica, liberdade de acção e reconhecimento público.

#### **4.Considerações finais**

A intervenção pública das portuguesas no esforço de guerra obedeceu a motivações ideológicas e políticas diversas, foi moldada pelas crenças e ideais das dirigentes associativas e desenvolveu-se num campo minado por lutas partidárias que influenciaram o seu rumo, dinâmica e amplitude. As republicanas agiram por dever patriótico e espírito de solidariedade, no quadro do movimento associativo delineado no início do século XX e orientado pelos ideais pacifistas, feministas, maçónicos e republicanos, e conceberam um plano ambicioso para responder às necessidades do momento e projectar políticas de futuro em que pudessem participar como cidadãs de pleno direito. As monárquicas, apesar de vencidas, não renegaram a tradição beneficente nem desmereceram os pergaminhos patrióticos da sua classe social. Detentoras de grande poder económico, sempre exerceram a filantropia e a caridade de inspiração cristã. A intervenção no esforço de guerra, motivada pelo dever patriótico e sob o lema do bem-fazer, visava recuperar o lugar e a influência de outrora e participar, por outra via, na construção de uma modernidade política democrática, ancorada nos valores tradicionais portugueses. Todas contribuíram para humanizar e suavizar os efeitos nefastos do sofrimento, violência e barbárie de uma guerra que pôs em causa a fé e a confiança nos esquemas de pensamento e valores herdados, provocou alterações sociais sem retorno e mudou a face do mundo.

#### **Referencias bibliográficas**

Aguiar, Alberto de. *Junta Patriótica do Norte*. Porto: Junta Patriótica do Norte, 1932.

Caine, Barbara y Sluga, Glenda. *Género e Historia en el cambio sociocultural europeo, de 1780 a 1920*. Madrid: Narcea, 2000.

- Carnot, Marguerite. *Carta a Ana de Castro Osório*. Paris: 1915.
- Catroga, Fernando. *Ensaio Respublicano*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.
- Cova, Anne. *Maternité et Droits des Femmes en France (XIXe-Xxe siècles)*. Paris, Antropos, 1997, p. 197; Thébaud, Françoise. *Les Femmes au temps de la guerre de 14*. Paris: Édition Payot & Rivages, 2013.
- Fell, Alison S. y Sharp, Ingrid, (ed.). *The Women's Movement in Wartime. International Perspectives, 1914-1919*. New York: Palgrave Macmillan, 2007.
- Grayzel, Susan R. *Women's Identities at War. Gender, Motherhood and Politics in Britain and France during the First World War*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1999.
- Monteiro, Natividade. *Mulheres e Cidadania na I República. Mobilização e Migração na Guerra 1914-1918. 1974-2014. 40 Anos de Migrações em Liberdade*. Lisboa: Mulher Migrante. Associação de Estudo, Cooperação e Solidariedade, 2015.
- Moura, Maria Lúcia de Brito. “A Assistência aos combatentes na I Guerra Mundial: um conflito ideológico”. *Revista Portuguesa de História*, 2006, 39, pp. 41-75.
- Osório, Ana de Castro. *Em tempo de guerra. Aos homens e às mulheres do meu país*. Lisboa: Ventura e Companhia, 1918.
- Schiavon, Emma. *Interventiste nella Grande Guerra. Assistenza, propaganda, lotta per i diritti a Milano e in Italia (1911-1919)*. Firenze/Milano: Le Monnier Università/Mondadori Education, 2015.
- Teixeira, Nuno Severiano. *O poder e a guerra 1914-1918. Ojetivos nacionais e estratégias políticas na entrada de Portugal na Grande Guerra*. Lisboa: Estampa, 1996.
- Thébaud, Françoise. “A Grande Guerra. O Triunfo da Divisão Sexual”. En Duby, Georges y Perrot, Michelle (dir.). *História das Mulheres no Ocidente. O Século XX*. Vol. V. Porto, Edições Afrontamento, 1994.

# CINCUENTA AÑOS DE DERECHOS HUMANOS: LA MATERNIDAD EN ESPAÑA

## FIFTY YEARS OF HUMAN RIGHTS: MATERNITY IN SPAIN

María Dolores Calvo Sánchez  
*Universidad de Salamanca*  
María Dolores Martín Calvo  
*ENAIRE - Palma de Mallorca-*

**Resumen:** Como sujeto objeto de tutela y protección especial la Declaración de Derechos Humanos establece la *maternidad*, que en España ha evolucionado en estos cincuenta años de manera evidente, a través de los derechos adquiridos de libertad sexual y reproductiva, su educación y prestaciones públicas. Analizamos la anticoncepción, las enfermedades de transmisión sexual derivadas de un mal uso de la anticoncepción, el control de la maternidad como expresión de libertad individual, la interrupción voluntaria del embarazo, así como la demografía desde los derechos sanitarios prestacionales de las Administraciones Públicas y su impacto social.

**Palabras clave:** Maternidad, Anticoncepción, ETS, Aborto, Corresponsabilidad.

**Abstract:** As subject subject to tutelage and special protection, the Declaration of Human Rights establishes maternity, which in Spain has evolved over the past fifty years in an evident way, through the acquired rights of sexual and reproductive freedom, its education and public benefits. We analyze contraception, sexually transmitted diseases derived from misuse of contraception, control of motherhood as an expression of individual freedom, voluntary termination of pregnancy, as well as demography from the public health rights of the Public Administrations and their Social impact.

**Keywords:** Maternity, Contraception, STD, Abortion, Stewardship.

Nuestro cariño y reconocimiento a una gran mujer, la Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Esther Martínez Quinteiro.  
Nos enseñó que en todas las acciones, incluso omisiones, que hacemos en la vida,  
siempre tiene cabida la lucha por la igualdad de género.

### 1. Proemio

El maestro historiador Francisco Tomás y Valiente, aconsejaba en sus clases siempre magistrales en la academia del estudio salmantino, que la historia había que dejarla tratar a los historiadores... pero que un breve resumen al comienzo de las exposiciones era de suma utilidad, porque nos facilita la comprensión del momento. Siguiendo el docto consejo comenzamos diciendo que,

La Declaración de Derechos Humanos de 1948 (DH), establece en su primer Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la *familia* humana... reconociendo en esa prelación de orden la

relevancia que tiene, ratificado en su articulado<sup>1</sup> a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, otorgándole el derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Como sujetos objeto de tutela y protección la Declaración DH<sup>2</sup> establece, que la *maternidad* y la *infancia* igualmente, tienen derecho a cuidados y asistencia especial. Como bien es sabido por todos tuvieron que pasar 18 años para su vigencia y 28 años más tarde para su promulgación.

Relevante resulta destacar que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>3</sup> y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales promulgados en 1966 y vigentes en 1976 respectivamente, destaca una ausencia de alusión a la maternidad, si bien se reconoce a la familia y su derecho a la asistencia sanitaria por enfermedad<sup>4</sup>, adquiriendo así carácter jurídico vinculante y pasando a ser derecho sustantivo en España, dejando la maternidad en situación velada a pesar de su alusión explícita en el art. 25.2 de la Declaración DH.

Nuestro ordenamiento interno recoge, con rango constitucional el principio rector de la política social y económica, a la familia, reposando sobre los poderes públicos la responsabilidad de su observancia<sup>5</sup>,

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la *familia*.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la *protección integral* de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de *las madres*, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los *padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos* habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los *niños gozarán de la protección* prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Tuvieron que pasar 60-70 años y una auténtica revolución social, con la incorporación masiva de la mujer al trabajo (en occidente), un cambio del concepto y contenido tradicional de la institución familiar y una feroz y continua lucha por la

<sup>1</sup> Art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948

<sup>2</sup> Art. 25.2 *Ibidem*

<sup>3</sup> Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos.

<sup>4</sup> Art. 12 del citado convenio internacional de Economía: "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental."

<sup>5</sup> Art. 39 de la Constitución española de 1978

igualdad y la libertad individual, para que se promulgaran en España dos leyes orgánicas, que por sí solas justifican una legislatura:

\* Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

\*Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, (reformada por L.O. 11/2015, de 21 de septiembre).

Ambas leyes vienen a reconocer y poner en valor a la mujer y sus circunstancias en su hábitat social, laboral, familiar, jurídico y sanitario.

## **2. ¿Se le está otorgando en España, a la maternidad el derecho a cuidados especiales de manera efectiva?**

Recordemos que son los Poderes Públicos los encargados por el legislador constitucional de tal protección, siendo en nuestro caso la Administración Pública Sanitaria a través del Sistema Nacional de Salud, quien otorgara las prestaciones de protección sanitaria a la familia y específicamente a la maternidad. A pesar del R.D.L. 16/2012 de 20 abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones<sup>6</sup>, la cobertura asistencial sigue siendo universal y gratuita, durante el embarazo, parto y puerperio, los cuidados de obstetricia-ginecología de la mujer en estado de gestación y de los cuidados urológicos asociados tanto de la mujer como del varón siempre referidos a la procreación y los cuidados de la infancia.

La protección pública viene también referida a medidas específicas de educación sanitaria, durante el embarazo, parto, puerperio y lactancia (especialmente lactancia natural), incluyendo a progenitores con bebés en adopción, acogida o tutela, principalmente a través de la red sanitaria de Atención Primaria, aunque también debemos mencionar la importante labor de educación sanitaria realizada en las unidades hospitalarias de obstetricia.

Debemos igualmente apuntar el importante avance habido sobre el fomento de la autodeterminación de la mujer, con importantes programas públicos sobre la educación sexual tanto a nivel individual como a nivel social, así como el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo de la mujer embarazada en los supuestos

---

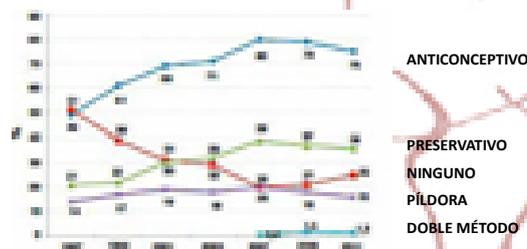
<sup>6</sup> Real Decreto-ley. 16/2012 de 20 abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. *BOE*, 98, de 24 de abril de 2012.

contemplados por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, sobre información, calidad, seguridad, gratuidad y tratamiento del aborto programado (interrupción voluntaria del embarazo).

Debemos señalar que la planificación familiar ha sido quizás, uno de los programas sanitarios realizados a nivel de pareja más exitosos, si bien actualmente vemos como el avance técnico científico de la píldora convencional, la píldora del día después y demás métodos anticonceptivos, nuestro Sistema de Salud los está dando por sabidos, no haciendo hincapié en la educación de forma continua, recomendando la Federación Internacional de Obstetricia y Ginecología (FIGO), a tenor de los datos existentes, tener que plantearse nuevos programas de información y subvención estatal, autonómica e incluso local a la educación sobre estos métodos, so pena de un retroceso relevante a los avances conseguidos, no solo de autodeterminación sino de cultura preventiva sanitaria sobre la materia objeto. Significativo resulta el siguiente cuadro gráfico sobre la anticoncepción en España y porcentajes de estudio que diagnostican la situación actual española.

Imagen 1.

## ANTICONCEPCIÓN ESPAÑA



Uso de anticoncepción en mujeres de 15 a 49 años

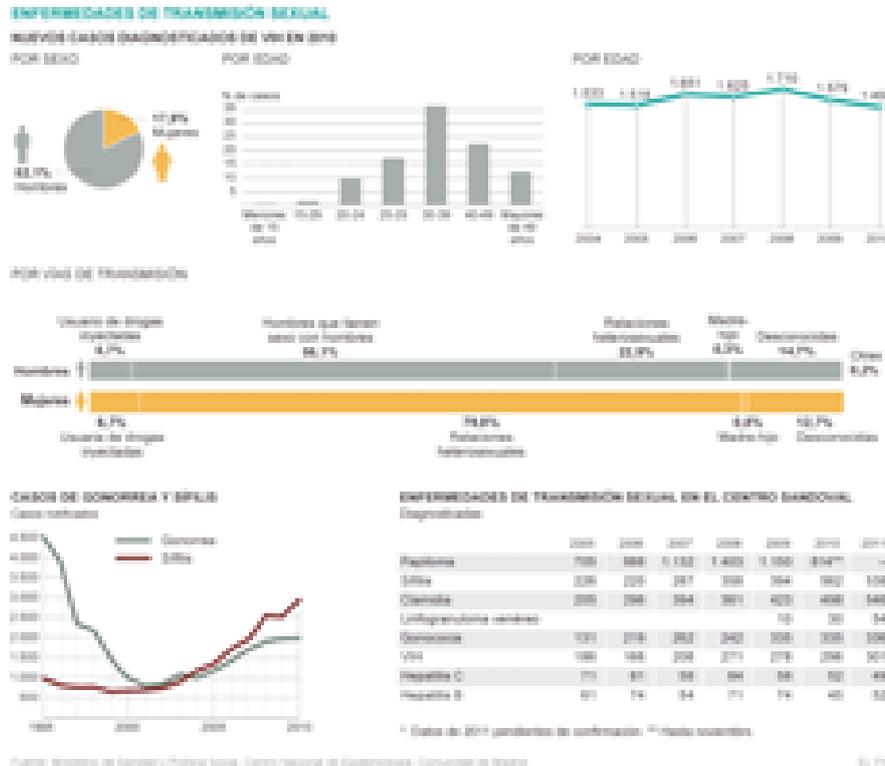
- 75,2% en las relaciones esporádicas
- 53,6% en las relaciones estables
- Preservativo masculino el método más frecuente
- Descenso del uso en el 2011 en el uso preservativo y anticonceptivos
- Sexo seguro en las relaciones esporádicas 79%

Fuente: SEGO, 2012

Quizás de todos los datos que nos aporta el gráfico, sea el incremento desde el año 2009, de la “no utilización de ninguna protección” lo más preocupante, no solo por los embarazos no deseados, sino por la propagación de enfermedades de transmisión

sexual, que lamentablemente van en aumento, como podemos claramente deducir de los datos que nos ofrece el Ministerio de Sanidad.

**Imagen 2.**



**Fuente: M° SSSP, 2016**

Pero siendo la maternidad nuestro objetivo de estudio será esclarecedor también abordar el control de la maternidad a través de la anticoncepción en España como punto esencial merecedor de ser emprendido con más detenimiento, tema directamente relacionado con la efectividad de las políticas públicas.

### 3. Control de la maternidad<sup>7</sup>

Mediante Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo y su desarrollo mediante Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se plantea con el objeto de garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la

<sup>7</sup> Fuente: texto basado en Martín Calvo, María Dolores. *Los derechos de Conciliación & Corresponsabilidad, persona-familia-trabajo desde la igualdad y la equidad: especial referencia a la maternidad*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2016. Defendida el 30/9/2016, con la calificación de sobresaliente cum laude, en proceso de publicación.

salud sexual y reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos.

El legislador intenta regular lo que constituye la autodeterminación de la mujer en el ámbito de la maternidad desde la sexualidad. Así desde su preámbulo justifica que el desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar.

La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información<sup>8</sup>. La protección de este ámbito de autonomía personal tiene una singular significación para las mujeres, para quienes el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a sus vidas en todos los sentidos.

El legislador justifica, que la especial relación de los derechos de las mujeres con la protección de la salud sexual y reproductiva ha sido puesta de manifiesto por diversos textos internacionales. Así, en el ámbito de Naciones Unidas, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, establece en su artículo 12 que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, incluidos los que se refieren a la planificación familiar”.

Por otro lado, la Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la mujer celebrada en 1995, ha reconocido que “los derechos humanos de las mujeres incluyen el derecho a tener el control y a decidir

---

<sup>8</sup> Gobierno de España. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Interrupciones Voluntarias del Embarazo* [en línea]. <<https://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/home.htm>> [5 abril 2017]. Artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Derechos, Ayudas, Beneficios y Prestaciones públicas para el embarazo, el parto y postparto, el nacimiento y cuidado y atención de los hijos e hijas. *BOE*, 55, de 4 de marzo de 2010.

libre y responsablemente sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, libre de presiones, discriminación y violencia”.

En el ámbito de la Unión Europea, el Parlamento Europeo ha aprobado la Resolución 2001/2128(INI) sobre salud sexual y reproductiva y los derechos asociados, en la que se contiene un conjunto de recomendaciones a los Gobiernos de los Estados miembros en materia de anticoncepción, embarazos no deseados y educación afectivo sexual que tiene como base, entre otras consideraciones, la constatación de las enormes desigualdades entre las mujeres europeas en el acceso a los servicios de salud reproductiva, a la anticoncepción y a la interrupción voluntaria del embarazo en función de sus ingresos, su nivel de renta o el país de residencia.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España, establece la obligación de los Estados Partes de respetar “el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener [...] a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiada para su edad y a que se provean los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos”, así como a que “mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones que los demás”.

Esta L. O. 2/2010, de 3 de marzo, pretende adecuar nuestro marco normativo al consenso de la comunidad internacional en esta materia, mediante la actualización de las políticas públicas y la incorporación de nuevos servicios de atención de la salud sexual y reproductiva.

El legislador español parte de la convicción, avalada por el mejor conocimiento científico, de que una educación afectivo sexual y reproductiva adecuada, el acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción, mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación, cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica, en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud<sup>9</sup> y la disponibilidad de programas y servicios de salud sexual y reproductiva es el

---

<sup>9</sup> Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por la que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. *BOE*, 222, de 16 de septiembre de 2006.

Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrán aprobar sus respectivas carteras de servicios, que incluirán, cuando menos, la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, la cual debe garantizarse a todos los usuarios del mismo. (art. 11.1)

ANEXO II.- Cartera de servicios comunes de atención primaria: 6.2.3 Promoción de conductas saludables en relación a la sexualidad, evitación de embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual. 6.3 Servicios de atención a la mujer. 6.3.1. Detección de grupos de riesgo y diagnóstico precoz de cáncer

modo más efectivo de prevenir, especialmente en personas jóvenes, las infecciones de transmisión sexual, los embarazos no deseados y los abortos.

Esta Ley Orgánica aborda la protección y garantía de los derechos relativos a la salud sexual y reproductiva de manera integral. Introduce en nuestro ordenamiento las definiciones de la Organización Mundial de la Salud sobre salud, salud sexual y salud reproductiva y prevé la adopción de un conjunto de acciones y medidas tanto en el ámbito sanitario como en el educativo. Establece, asimismo, una nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo fuera del Código Penal que, siguiendo la pauta más extendida en los países de nuestro entorno político y cultural, busca garantizar y proteger adecuadamente los derechos e intereses en presencia, de la mujer y de la vida prenatal.

La reforma del Código Penal supuso un avance al posibilitar el acceso de las mujeres a un aborto legal y seguro cuando concurriera alguna de las indicaciones legalmente previstas: grave peligro para la vida o la salud física y psíquica de la embarazada (aborto terapéutico), cuando el embarazo fuera consecuencia de una violación (aborto ético) o cuando se presumiera la existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto (aborto eugenésico) y con unos requisitos garantistas (centro sanitario oficial, ante un médico, con consentimiento expreso de la embarazada mayor de edad). Concretamente el artículo 417 bis del Código Penal introducido en el Código Penal de 1973 por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, y cuya vigencia fue mantenida por el Código Penal de 1995 (gráfico cuantitativo y cronológico).

---

ginecológico y de mama de manera coordinada y protocolizada con atención especializada, según la organización del correspondiente servicio de salud. En el caso del cribado de cáncer de mama y de cérvix se tendrán en cuenta los criterios que se recogen en los apartados 3.3.2.1 y 3.3.2.3 del anexo I. (NOTA: este apartado 6.3.1 del Anexo II ha sido modificado por la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre.). 6.3.2 Indicación y seguimiento de métodos anticonceptivos no quirúrgicos y asesoramiento sobre otros métodos anticonceptivos e interrupción voluntaria del embarazo. 6.3.3 Atención al embarazo y puerperio: a) Captación de la mujer embarazada en el primer trimestre de gestación y detección de los embarazos de riesgo. b) Seguimiento del embarazo normal, de manera coordinada y protocolizada con atención especializada, según la organización del correspondiente servicio de salud. c) Educación maternal, incluyendo el fomento de la lactancia materna, la prevención de incontinencia urinaria y la preparación al parto. d) Visita puerperal en el primer mes del posparto para valoración del estado de salud de la mujer y del recién nacido.

ANEXO III.- Cartera de servicios comunes de atención especializada: 11 Complicaciones del embarazo; parto y puerperio: Embarazo ectópico y molar, otro embarazo con resultado abortivo (incluida la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos previstos en la legislación vigente), complicaciones principalmente relacionadas con el embarazo, parto normal (incluida la anestesia epidural, de acuerdo con los protocolos de los servicios de salud) y otras indicaciones para cuidados durante el embarazo, trabajo de parto y parto, complicaciones que se presentan principalmente durante el curso del parto y complicaciones del puerperio.

**Cuadro 1.****Número de abortos realizados. Tasas por 1.000 mujeres entre 15 y 44 años. Total Nacional**

<b>Año</b>	<b>Centros notificadores de I.V.E.</b>	<b>Total I.V.E.</b>	<b>Tasa por 1.000 mujeres</b>
2014	191	94.796	10,46
2013	198	108.690	11,74
2012	189	113.419	12,12
2011	173	118.611	12,47
2010	146	113.031	11,49
2009	141	111.482	11,41
2008	137	115.812	11,78
2007	137	112.138	11,49
2006	135	101.592	10,62
2005	134	91.664	9,60

Fuente: M<sup>o</sup>SSSI**Cuadro 2.****Distribución porcentual del número de abortos realizados según semanas de gestación.****Total Nacional**

<b>Año</b>	<b>A petición de la mujer (%)</b>	<b>Grave riesgo para vida o la salud de la embarazada (%)</b>	<b>Riesgo de graves anomalías en el feto (%)</b>	<b>Anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedad extremadamente grave e incurable (%)</b>	<b>Varios motivos (%)</b>
2014	88,90	7,15	3,61	0,32	0,01
2013	89,93	6,94	2,84	0,28	0,01
2012	91,34	5,62	2,76	0,27	0,01
2011	89,60	7,28	2,73	0,30	0,09

Fuente: M<sup>o</sup>SSSI

A lo largo de estos años, sin embargo, la aplicación de la ley ha generado incertidumbres y prácticas que han afectado a la seguridad jurídica, con consecuencias tanto para la garantía de los derechos de las mujeres como para la eficaz protección del bien jurídico penalmente tutelado (despenalización del Interrupción Voluntaria del Embarazo –IVE-) y que, en contra del fin de la norma, eventualmente han podido poner en dificultades a los profesionales sanitarios de quienes precisamente depende la vigilancia de la seguridad médica en las intervenciones de interrupción del embarazo.

La necesidad de reforzar la seguridad jurídica en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo ha sido enfatizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 20 de marzo de 2007 en la que se afirma, por un lado, que “en este tipo de situaciones las previsiones legales deben, en primer lugar y ante todo, asegurar la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada” y, por otro lado, que “una vez que el legislador decide permitir el aborto, no debe estructurar su marco legal de modo que se limiten las posibilidades reales de obtenerlo”.

En una sociedad libre, pluralista y abierta, corresponde al legislador, dentro del marco de opciones que la Constitución deja abierto, desarrollar los derechos fundamentales de acuerdo con los valores dominantes y las necesidades de cada momento histórico. La experiencia acumulada en la aplicación del marco legal vigente, el avance del reconocimiento social y jurídico de la autonomía de las mujeres tanto en el ámbito público como en su vida privada, así como la tendencia normativa imperante en los países de nuestro entorno, abogan por una regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presidida por la claridad, en donde queden adecuadamente garantizadas tanto la autonomía de las mujeres, como la eficaz protección de la vida prenatal como bien jurídico.

Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución 1607/2008, de 16 abril, reafirmó el derecho de todo ser humano, y en particular de las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo y en ese contexto, a que la decisión última de recurrir o no a un aborto corresponda a la mujer interesada y, en consecuencia, ha invitado a los Estados miembros a despenalizar el aborto dentro de unos plazos de gestación razonables. Los plazos “razonables” es un concepto jurídico indeterminado, debiendo necesariamente acudir a la ciencia, para la que el plazo comienza a tratarse desde un día antes, con la formación debida de la anticoncepción.

En la concreción del modelo legal, se ha considerado de manera especialmente atenta la doctrina constitucional derivada de las sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia. Así, en la STC, nº 53/1985, el Tribunal, claramente dividido en importantes cuestiones de fondo, enunció sin embargo, algunos principios que han sido respaldados por la Jurisprudencia posterior y que aquí se toman como punto de partida. Una de esas afirmaciones de principio es la negación del carácter absoluto de los derechos e intereses que entran en conflicto a la hora de regular la interrupción voluntaria del embarazo y, en consecuencia, el deber del legislador de “ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”. Pues si bien “los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución”, esto no significa que resulten privados de toda protección constitucional (STC 116/1999).

La vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz, sin ignorar que la forma en que tal garantía se configure e instrumente estará siempre intermediada por la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada.

La ponderación que el legislador de la L.O. 2/2010 realiza, ha tenido en cuenta la doctrina de la STC 53/1985 y atiende a los cambios cualitativos de la vida en formación que tienen lugar durante el embarazo, estableciendo, de este modo, una concordancia práctica de los derechos y bienes concurrentes a través de un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación.

Esta Ley Orgánica 2/2010, reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada. El legislador ha considerado razonable, de acuerdo con las indicaciones de las personas expertas y el análisis del derecho comparado, dejar un plazo de 14 semanas en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros, lo que la STC nº 53/1985 denomina “autodeterminación consciente”, dado que la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución. Modificado en septiembre de

2015<sup>10</sup> exigiendo la edad de 18 años o consentimiento de padres/tutores para prestar el consentimiento preceptivo anterior a la práctica del Interrupción voluntaria del embarazo (IVE).

Así el legislador establece el que las menores de 16 y 17 años se encuentren acompañadas de sus representantes legales, padre y/o madre, personas que ostenten la patria potestad o tutores, según proceda, es fundamental para situaciones de vital importancia e impacto futuro, como es la interrupción voluntaria del embarazo.

Su argumento legislativo descansa en que no se trata únicamente de la protección de la menor, sino que su cuidado comprende el núcleo esencial de todas esas figuras jurídicas; y así lo fija el Código Civil, tanto en el artículo 154, estableciendo que entre los deberes y facultades del ejercicio de la patria potestad está el de “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”, como en el artículo 269, que dispone que “el tutor está obligado a velar por el tutelado”, y, en particular, “a educar al menor y procurarle una formación integral”.

Es por ello, que esta Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, suprime la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas, sin informar siquiera a sus progenitores. De este modo, para la interrupción voluntaria del embarazo de las menores de edad será preciso, además de la manifestación de su voluntad, el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad.

Por otro lado, la experiencia ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad. Por ello, la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella. La mujer adoptará su decisión tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que puede acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención. La Ley dispone un plazo de reflexión de al menos tres días y, además de exigir la claridad y objetividad de la información, impone condiciones para que ésta se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión para la mujer.

---

<sup>10</sup>Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. *BOE*, 227, de 22 de septiembre de 2015.

En el desarrollo de la gestación, como ha afirmado la STC 53/1985, “tiene una especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre”. El umbral de la viabilidad fetal se sitúa, en consenso general avalado por la comunidad científica y basado en estudios de las unidades de neonatología, en torno a la vigésimo segunda semana de gestación.

Este será el plazo máximo para la práctica del IVE y siempre que concurra alguna de estas dos indicaciones: “que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada”, en cuyo caso se exigirá informe médico o “que exista riesgo de graves anomalías en el feto”, en este caso será preceptivo dos informes médicos. Estos supuestos de interrupción voluntaria del embarazo de carácter médico se regulan con las debidas garantías a fin de acreditar con la mayor seguridad posible la concurrencia de la indicación. A diferencia de la regulación vigente, se establece un límite temporal cierto en la aplicación de la llamada indicación terapéutica, de modo que en caso de existir riesgo para la vida o salud de la mujer más allá de la vigésimo segunda semana de gestación, lo adecuado será la práctica de un parto inducido, con lo que el derecho a la vida e integridad física de la mujer y el interés en la protección de la vida en formación se armonizan plenamente.

La Ley establece además un conjunto de garantías relativas al acceso efectivo a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo y a la protección de la intimidad y confidencialidad de las mujeres. Con estas previsiones legales se pretende dar solución a los problemas a que había dado lugar el actual marco regulador tanto de desigualdades territoriales en el acceso a la prestación como de vulneración de la intimidad. Así, se encomienda a la Alta Inspección velar por la efectiva igualdad en el ejercicio de los derechos y el acceso a las prestaciones reconocidas en esta Ley.

Asimismo se recoge la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo, que será articulado en un desarrollo futuro de la Ley a día de hoy pendiente de su elaboración y promulgación<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup>Un importante número del colectivo sanitario acude en defensa de poder optar a la objeción de conciencia ante el Consejo de Europa, pronunciándose la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobando recientemente una resolución en la que pide a todos los Estados miembros que respeten el derecho a la objeción de conciencia, en el caso de los médicos-matronas que se nieguen a practicar abortos. La redacción aprobada es contundente cuando dice «ninguna persona, hospital o institución debe ser presionada, culpada o discriminada de ninguna manera por negarse a realizar, acoger, asistir practicar un aborto, un falso parto provocado, una eutanasia o toda intervención que provoque la muerte de un feto o de un embrión humano, cualesquiera que sean las razones».

Se ha dado nueva redacción al artículo 145 del Código Penal con el fin de limitar la pena impuesta a la mujer que consiente o se practica un aborto fuera de los casos permitidos por la ley eliminando la previsión de pena privativa de libertad, por un lado y, por otro, para precisar la imposición de las penas en sus mitades superiores en determinados supuestos. Asimismo se introduce un nuevo artículo 145 bis, a fin de incorporar la penalidad correspondiente de las conductas de quienes practican una interrupción del embarazo dentro de los casos contemplados por la ley, pero sin cumplir los requisitos exigidos en ella.

Finalmente, la disposición adicional tercera se refiere al acceso a los métodos anticonceptivos y su inclusión en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud que será tratado en el epígrafe siguiente.

El legislador orgánico<sup>12</sup> establece en su articulado los principios y ámbito de aplicación de la salud sexual y reproductiva y la interrupción voluntaria del embarazo, que reza:

1. En el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva, sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes.
2. Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida.
3. Nadie será discriminado en el acceso a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley por motivos de origen racial o étnico, religión, convicción u opinión, sexo, discapacidad, orientación sexual, edad, estado civil, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
4. Los poderes públicos, de conformidad con sus respectivas competencias, llevarán a cabo las prestaciones y demás obligaciones que establece la presente Ley en garantía de la salud sexual y reproductiva.

Igualmente nuestro derecho positivo a través de la L.O.2/2010, establece las políticas públicas para la salud sexual y reproductiva, cifrándose en<sup>13</sup>:

- La información y la educación afectiva sexual y reproductiva en los contenidos formales del sistema educativo.
- El acceso universal a los servicios y programas de salud sexual y reproductiva.
- El acceso a métodos seguros y eficaces que permitan regular la fecundidad.

---

<sup>12</sup>Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo...

<sup>13</sup>Art. 5, *Ibidem*.

- La eliminación de toda forma de discriminación, con especial atención a las personas con algún tipo de discapacidad, a las que se les garantizará su derecho a la salud sexual y reproductiva, estableciendo para ellas los apoyos necesarios en función de su discapacidad.
- La educación sanitaria integral y con perspectiva de género sobre salud sexual y salud reproductiva.
- La información sanitaria sobre anticoncepción y sexo seguro que prevenga, tanto las enfermedades e infecciones de transmisión sexual, como los embarazos no deseados.

Y las acciones informativas y de sensibilización que el legislador estima deben darse sobre este tema<sup>14</sup>

- Los poderes públicos desarrollarán acciones informativas y de sensibilización sobre salud sexual y salud reproductiva, especialmente a través de los medios de comunicación, y se prestará particular atención a la prevención de embarazos no deseados, mediante acciones dirigidas, principalmente, a la juventud y colectivos con especiales necesidades, así como a la prevención de enfermedades de transmisión sexual.

#### **4. Medidas dirigidas hacia todos los ámbitos y especialmente al sanitario y educativo**

- Atención a la salud sexual y reproductiva: (calidad, acceso universal, provisión de servicios)
- Formación de profesionales de la salud (salud sexual y reproductiva en los programas curriculares)

Traduciéndose todo lo preceptuado en la praxis en una Estrategia de salud sexual y reproductiva (2011) por el Ministerio de Sanidad servicios sociales e igualdad del Gobierno de España<sup>15</sup>.

Faltaríamos a la realidad sino recogiéramos las distintas voces que se vienen hoy día manteniendo, generando polémica social y como claramente se puede deducir de la susceptibilidad del tema, van desde las posturas más radicales de feministas pro aborto libre como derecho inalienable de autodeterminación de la mujer... a la condena

<sup>14</sup>Art. 6, *Ibidem*.

<sup>15</sup> Gobierno de España. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva* [en línea], 2011. <<http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/ENSSSR.pdf>> [5 abril 2017].

más estricta de todo tipo de aborto y anticoncepción desde grupos-asociaciones pro vida...<sup>16</sup>

Incompleto también resultaría este tema sin citar, dentro de esta autodeterminación no expusieramos el deseo de ser progenitor/a desde la posibilidad de acceder a la maternidad desde las Técnicas de reproducción asistida<sup>17</sup>, la tutela legal o la régimen de acogida<sup>18</sup>, que trataremos dentro del Capítulo III del presente estudio y siempre desde el amparo y protección a la maternidad o la reciente y no meno polémica maternidad subrogada<sup>19</sup>.

Al respecto solo apuntar que no ha estado exento de polémica el desarrollo reglamentario de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, pues son muchos los comentarios surgidos a raíz de la última propuesta de ley del Ministerio de Sanidad, que pretende modificar las condiciones con que debe contar una mujer para beneficiarse de la reproducción asistida. El departamento ministerial anunciaba el 18 de julio 2013, que la reproducción asistida se reserva para aquellas “parejas integradas por un hombre y una mujer”, siempre y cuando tengan problemas de fertilidad.

El nuevo matiz excluía tanto a las mujeres solteras como a las parejas homosexuales, por lo que las quejas, manifestaciones y reivindicaciones no se hicieron esperar y el 27 de julio de 2013 el Ministerio rectificó hablando de “personas con derecho”... como tampoco está exenta la maternidad subrogada, los medios de

---

<sup>16</sup> Diario Médico, 7 de abril de 2015: Más de 9.000 pediatras de la Asociación Española de Pediatría han emitido un comunicado oficial calificando de «infanticidio encubierto» a aquellos abortos de más de 24 semanas que, se practicaban en numerosas clínicas abortistas privadas, investigadas por la justicia.

<sup>17</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. *BOE*, 126, de 27 de mayo de 2006, pp. 19947-19956.

<sup>18</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, Protección Jurídica del Menor. *BOE*, 15, de 17 de enero de 1996.

<sup>19</sup> La gestación subrogada o gestación por sustitución es una forma de reproducción asistida en la que, además de los futuros padres, participa una mujer que gesta el embrión. Este embrión puede ser el resultado de una inseminación artificial o de una fecundación “in Vitro” y los gametos pueden proceder de uno de los progenitores y de una donación, de los dos progenitores, o de donaciones. Esta técnica se produce cuando, mediando un acuerdo o contrato, una mujer, con plena capacidad de obrar, consiente libremente en llevar a cabo la gestación, con el compromiso irrevocable de entregar el nacido a los otros intervinientes que, a todos los efectos, serán los progenitores o padres. Asociación por la Gestación Subrogada en España. *Sobre la Gestación Subrogada* [en línea], 2015. <<http://gestacionsubrogadaenEspaña.es/index.php/sobre-la-gestacion-subrogada/que-es-y-cual-es-su-situacion-en-espana>> [5 abril 2017].

comunicación se hicieron eco de la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en fecha 6 de febrero de 2014 sobre maternidad subrogada (comúnmente conocida como vientres de alquiler) por la que no se permite la inscripción de dos niños nacidos de una gestación por sustitución al considerar nulo el contrato, estableciendo que la filiación es la materna por el parto y que, en todo caso, el padre biológico deberá reclamar la paternidad<sup>20</sup>.

La maternidad en España no solo es fuente de protección en el ámbito de la salud, sino que en el ámbito laboral, el embarazo, parto y lactancia han constituido materia específica de las primeras norma laborales de derecho positivo, valga como ejemplo el Convenio sobre la protección de la maternidad de 19919 (O.I.T.) o la Ley de 13 de marzo de 1900 reguladora del trabajo de las mujeres y los niños en los establecimientos industriales y mercantiles. Qué duda cabe que el desarrollo normativo ha sido progresivo, siendo un verdadero calvario muchas veces las conquistas de derechos laborales y prestacional es sobre todo para la mujer.

La Administración del Estado destina una parte del presupuesto general a las ayudas a la maternidad, tales como: prestaciones económicas a través de ayudas a la maternidad, incrementándose la cuantía en caso de parto múltiple<sup>21</sup>, ayuda o prestación económica para madres autónomas y trabajadoras. Aquellas familias que acaban de tener un hijo pueden deducirse hasta 1.200 euros de IRPF por cada niño que tenga menor de 3 años, o el popular “Cheque bebé” (2011)... compromiso de todos los partidos políticos en los últimos comicios. En el ámbito laboral se otorga cobertura de prestación de permiso laboral por maternidad y paternidad<sup>22</sup> ... de ambos progenitores (hasta un total de 16 semanas). Las madres y padres tienen el derecho de ausentarse del puesto de trabajo para facilitar la lactancia, artificial o natural...

---

<sup>20</sup> Varela Álvarez, Carmen. "Nuestro Tribunal Supremo se divide en una polémica sentencia sobre los 'vientres de alquiler'" [en línea]. *Legaltoday.com*, 26 de marzo de 2014. <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/familia/nuestro-tribunal-supremo-se-divide-en-una-polemica-sentencia-sobre-los-vientres-de-alquiler>> [5 abril 2017].

<sup>21</sup> Datos de prestación económica del INSS en 2016: 2.565 euros... 5.131,20 euros... 7.696,80 euros.

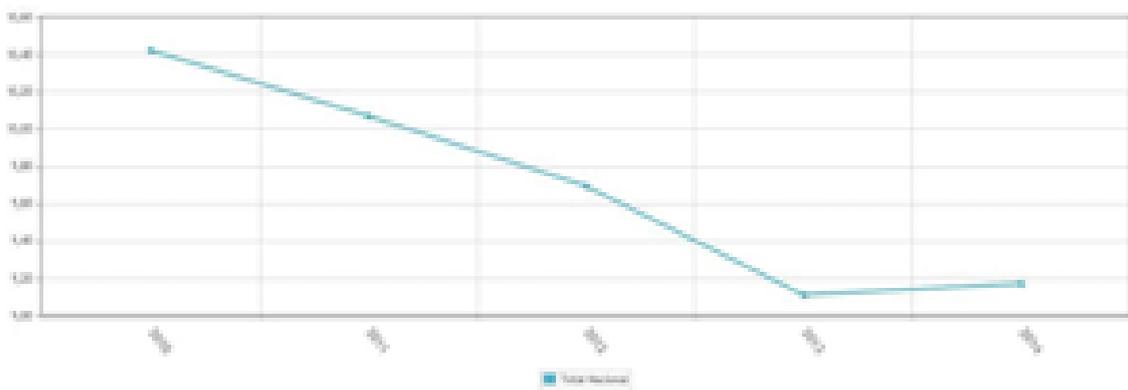
<sup>22</sup> Última reforma: Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, vigente desde 5 de enero de 2017 (Se modifica el artículo 48 bis del Real Decreto Legislativo 1/1995) derecho a la suspensión del contrato por paternidad durante cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables si es múltiple el parto /acogida/adopción. Podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del cincuenta por ciento, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente.

Las Administraciones Autonómicas también otorgan las prestaciones de tutela a la maternidad si bien, son muy diferentes dependiendo de cada Comunidad Autónoma

También debemos apuntar la existencia de las prestaciones existentes en Las Administraciones Locales gozando de gran heterogeneidad.

Hoy día venimos asistiendo a una realidad discriminatoria para la mujer embarazada y con enormes dificultades para la pareja la crianza de los hijos... ello conlleva importantes consecuencias como el alarmante descenso de natalidad, de la población activa, la precariedad laboral, el incremento de la pobreza económica ... valga como ejemplo ilustrativo el siguiente gráfico sobre el preocupante descenso de la natalidad.

**Imagen 3.**



**Fuente: INE, 2016**

A pesar de los 50 años que han transcurrido desde que el fotógrafo Ken Heyman hiciera las fotos recientemente descubiertas sobre la maternidad<sup>23</sup>, no pierden actualidad y transmiten una emotiva fuerza que no entiende de razas, fronteras, ni pactos y por supuesto... por las que no pasan los años.

Dice Rousseau que el ser humano en su estado natural se caracteriza por su bondad e inocencia, y que era en sociedad cuando se corrompía. Hobbes, por el contrario, sostenía que el ser humano era un ente salvaje que la sociedad apaciguaba.

<sup>23</sup> Velez, Mandy. "Madres e hijos: fotos de hace 50 años que demuestran que la maternidad no ha cambiado" [en línea]. *Huffingtonpost.es*, 23 de julio de 2014. <[http://www.huffingtonpost.es/2014/07/23/fotos-madres-e-hijos\\_n\\_5610197.html](http://www.huffingtonpost.es/2014/07/23/fotos-madres-e-hijos_n_5610197.html)> [5 abril 2017]

La verdad es que no sé qué filosofía explica cómo el ser humano puede llegar a tomar decisiones en contra de su propia naturaleza, que es lo que hace cuando actúa en contra de la maternidad y la propia libertad individual.

### Referencias Bibliográficas

- Asociación por la Gestación Subrogada en España. *Sobre la Gestación Subrogada* [en línea], 2015. <<http://gestacionsubrogadaenespaña.es/index.php/sobre-la-gestacion-subrogada/que-es-y-cual-es-su-situacion-en-espana>> [5 abril 2017].
- Constitución Española [en línea], 1978, <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/constitucion.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html)> [5 abril 2017].
- Gobierno de España. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. *Datos de prestación económica del INSS en 2016* [en línea] <[www.seg-social.es](http://www.seg-social.es)> [5 abril 2017]
- Gobierno de España. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Interrupciones Voluntarias del Embarazo* [en línea]. <<https://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/home.htm>> [5 abril 2017]
- *Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva* [en línea], 2011. <[http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/ENS\\_SR.pdf](http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/ENS_SR.pdf)> [5 abril 2017].
- Declaración Universal de Derechos Humanos - Asamblea General, 1948
- Diario Médico, 7 de abril de 2015
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. *BOE*, 126, de 27 de mayo de 2006, pp. 19947-19956.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, Protección Jurídica del Menor. *BOE*, 15, de 17 de enero de 1996, pp. 1225-1238.
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *BOE*, 55, de 4 de marzo de 2010, pp. 21001-21014.
- Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. *BOE*, 227, de 22 de septiembre de 2015, pp. 83586-83587.
- Martin Calvo, María Dolores. *Los derechos de Conciliación & Corresponsabilidad, persona-familia-trabajo desde la igualdad y la equidad: especial referencia a*

*la maternidad* [en línea], Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2016.  
<<https://gredos.usal.es/jspui/handle/10366/4756>> [5 abril 2017].

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966

Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por la que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. *BOE*, 222, de 16 de septiembre de 2006.

Real Decreto-ley. 16/2012 de 20 abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. *BOE*, 98, de 24 de abril de 2012, pp. 31278-31312.

Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia [en línea]. <<http://www.sego.es/>> [5 abril 2017].

Varela Álvarez, Carmen. "Nuestro Tribunal Supremo se divide en una polémica sentencia sobre los 'vientres de alquiler'" [en línea]. *Legaltoday.com*, 26 de marzo de 2014. <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/familia/nuestro-tribunal-supremo-se-divide-en-una-polemica-sentencia-sobre-los-vientres-de-alquiler>> [5 abril 2017].

Velez, Mandy. "Madres e hijos: fotos de hace 50 años que demuestran que la maternidad no ha cambiado" [en línea]. *Huffingtonpost.es*, 23 de julio de 2014. <[http://www.huffingtonpost.es/2014/07/23/fotos-madres-e-hijos\\_n\\_5610197.html](http://www.huffingtonpost.es/2014/07/23/fotos-madres-e-hijos_n_5610197.html)> [5 abril 2017]

# UNIVERSIDAD E IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

## UNIVERSITY AND GENDER EQUALITY

Enrique Cabero Morán  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** Las universidades como responsables del servicio público de la educación superior disponen de una singular posición en la promoción de la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Reúnen una serie de características que las sitúan en un lugar idóneo para cumplir los fines marcados muy principalmente en materia de educación y formación, de investigación y concienciación, de sensibilización o generación de opinión pública.

**Palabras clave:** Igualdad efectiva, Universidad y Derechos Humanos, Igualdad y educación, Igualdad y universidad, Igualdad y legislación laboral.

**Abstract:** Universities as responsible for the public service of higher education have a unique position in the promotion of the effective equality of women and men. They meet a series of characteristics that place them in a suitable place to fulfill the aims mentioned mainly in education and training, research, awareness raising and generation of public opinion.

**Keywords:** Gender equality, University and Human Rights, Gender equality and education, Gender equality and university, Gender equality and labour law.

## **1. Universidad e igualdad efectiva de mujeres y hombres: el marco institucional renovado**

El 12 de abril de 2007 se promulgaron dos leyes que introdujeron novedades relevantes en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres en las universidades españolas: una pensada expresamente para éstas [la Ley Orgánica 4/2007, que modificó la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU)] y otra aprobada para los empleados públicos [la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, sustituida por el vigente texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TRLEBEP)]. Por obra de la primera se convierte en un fin institucional, en palabras de su preámbulo, que las universidades asuman sin duda “el reto de la sociedad actual para alcanzar una sociedad tolerante e igualitaria, en la que se respeten los derechos y libertades fundamentales y de igualdad entre hombres y mujeres”. Y es que “esta Ley no olvida el papel de la universidad como transmisor esencial de valores”, por lo que decide impulsar “la respuesta de las universidades a este reto a través no sólo de la incorporación de tales valores como objetivos propios de la universidad y de la calidad de su actividad, sino mediante el establecimiento de sistemas que permitan alcanzar la paridad en los órganos de representación y una mayor participación de la mujer en los grupos de investigación”. En esta línea, insiste el preámbulo en que “la sociedad reclama a la universidad del futuro una activa participación en sus procesos vitales. Por esta razón, la acción de la universidad no debe limitarse a la transmisión del saber; debe generar opinión, demostrar su compromiso con el progreso social y ser un ejemplo para su entorno”.

En consecuencia, “la igualdad entre hombres y mujeres, los valores superiores de nuestra convivencia, el apoyo permanente a las personas con necesidades especiales, el fomento del valor del diálogo, de la paz y de la cooperación entre los pueblos, son valores que la universidad debe cuidar de manera especial”. Por eso, las universidades “contarán entre sus estructuras de organización con unidades de igualdad para el desarrollo de las funciones relacionadas con el principio de igualdad entre mujeres y hombres” (disposición adicional duodécima). Asimismo, en cumplimiento de la segunda, la Ley 7/2007, “las Administraciones Públicas [entre ellas las Universidades públicas] están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres”. Además “deberán elaborar y

aplicar un plan de igualdad a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo”.

La Ley Orgánica 4/2007 y la Ley 7/2007 fueron debatidas en las Cortes Generales coincidiendo con la tramitación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIM), promulgada tres semanas antes. Se detecta con facilidad la influencia teleológica, conceptual y terminológica de la LOIM en las otras dos, más allá incluso de lo prevenido por su artículo 25, dedicado a la educación superior, fijando para las Administraciones públicas competentes en esta materia líneas de actuación con el fin de alcanzar la plena integración del principio de igualdad en las actividades universitarias, ya sean docentes, investigadoras o de prestación de cualquier suerte de servicios a la sociedad.

Ténganse presentes, por ejemplo, los intentos por superar el lenguaje sexista y la mención frecuente de la igualdad en los preceptos modificados o introducidos en la LOU. Se emplean así en el texto de la LOU reformado en 2007 las palabras en los géneros femenino y masculino para subrayar la presencia de la mujer en cuerpos y categorías del personal docente y del de administración y servicios y en el sector de estudiantes, o se prefiere utilizar sustantivos colectivos que no diferencien desde el punto de vista del género. A la primera opción, por ejemplo, se acoge el artículo 13 b), relativo a los órganos unipersonales, que habla de “Rector o Rectora, Vicerrectores o Vicerrectoras, Secretario o Secretaria General, Gerente, Decanos o Decanas de Facultades, Directores o Directoras de Escuelas, de Departamentos y de Institutos Universitarios de Investigación”, en contraste con el uso exclusivo del masculino en la redacción dada en 2001 a la LOU. En realidad, a lo largo de toda la LOU reformada se aprecia este cambio en el lenguaje (profesor y profesora, profesorado en vez de profesores, candidato y candidata, funcionarios y funcionarias, etc.), aunque en ocasiones no se sigue el criterio plenamente. Véase al respecto el artículo 57, que si bien alude inicialmente en su apartado segundo a “comisiones compuestas por al menos siete profesoras y profesores”, a renglón seguido retorna a la utilización exclusiva del masculino: “Tales profesores deberán ser Catedráticos para la acreditación al cuerpo de Catedráticos de Universidad, y Catedráticos y Profesores Titulares para la acreditación al cuerpo de Profesores Titulares de Universidad”.

La búsqueda de nuevos instrumentos institucionales para promover la igualdad efectiva de mujeres y hombres conduce a la creación de las Unidades de Igualdad de las

universidades, como órgano de obligada existencia. La ley, no obstante, concede un amplio margen para su definición a la autonomía universitaria (disposición adicional duodécima de la Ley Orgánica 4/2007). Se dedica especial atención a este órgano más adelante. Otra novedad es la atribución a la Conferencia General de Política Universitaria, órgano de concertación, coordinación y cooperación de la política general universitaria, que asume la mayor parte de las competencias del Consejo de Coordinación Universitaria regulado por la LOU en 2001, de una función consistente en “la elaboración y seguimiento de informes sobre la aplicación del principio de igualdad de mujeres y hombres en la universidad” [artículo 27bis.1.e) LOU].

El anuncio realizado por el preámbulo de la Ley Orgánica 4/2007 sobre la necesidad de “la creación de programas específicos sobre la igualdad de género” se ve reforzado en la disposición adicional cuarta, bien que con perspectivas diversas de la promoción de la igualdad a las que esta ley dota también de nuevas e interesantes dimensiones, con el mandato que a continuación se indica: “Las Administraciones públicas competentes, en coordinación con las respectivas universidades, establecerán programas específicos para que las víctimas del terrorismo y de la violencia de género, así como las personas con discapacidad, puedan recibir la ayuda personalizada, los apoyos y las adaptaciones en el régimen docente”. La aprobación de programas dirigidos a la igualdad de género, pensados para el personal o para el alumnado, previstos o no en los planes de igualdad (si bien razonablemente debería partir su elaboración del contenido de estos), empiezan a protagonizar el funcionamiento ordinario de los órganos de gobierno y de representación de las universidades, gracias sin duda a las mejoras en el marco normativo aplicable que se están comentando en estas páginas.

La inclusión de la valoración de estos extremos en algunas convocatorias institucionales, como las correspondientes a los campus de excelencia internacional, favorecen la implantación de políticas y programas asumidos plenamente por los equipos rectorales y con el necesario respaldo técnico en su confección, implantación, aplicación y evaluación. Podría crearse además un distintivo ministerial semejante al distintivo empresarial en materia de igualdad contemplado por el artículo 50 LOIM (ideado para empresas e incluido en el ámbito competencial del ahora Ministerio de Empleo y Seguridad Social), que tendría por objeto reconocer a aquellas universidades públicas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad con su personal y sus estudiantes y que podría ser utilizado como rasgo de calidad y con fines publicitarios.

Para la concesión de este distintivo universitario en materia de igualdad, de la misma manera que para la del ya previsto para las empresas, se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos cuerpos y categorías, así como en el alumnado, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de las titulaciones, actividades, programas y servicios de la universidad correspondiente.

Otra aportación significativa de la Ley Orgánica 4/2007, de consecuencias prácticas inmediatas, abordada en concordancia con las previsiones al respecto de la LOIM, de dimensión política, institucional, funcionarial y laboral, así como de la Ley 7/2007, principalmente en lo referente a las comisiones y tribunales que actúan en concursos y oposiciones, se halla en la exigencia de composiciones equilibradas en órganos. En este sentido, la Ley Orgánica 4/2007 añade un párrafo en el artículo 13 LOU con un mandato claro, a saber: “Los estatutos establecerán las normas electorales aplicables, las cuales deberán propiciar en los órganos colegiados la presencia equilibrada entre mujeres y hombres”. El mandato se amplía asimismo a las universidades privadas al modificar el artículo 27 LOU, que desde entonces señala que “Las normas de organización y funcionamiento de las universidades privadas establecerán sus órganos de gobierno y representación, así como los procedimientos para su designación y remoción, asegurando en dichos órganos, mediante una participación adecuada, la representación de los diferentes sectores de la comunidad universitaria de forma que propicie la presencia equilibrada entre mujeres y hombres”.

En la Universidad de Salamanca el Plan integral de igualdad y las reglas de adecuación del marco normativo aplicable a la designación y el nombramiento de cargos universitarios a lo preceptuado en esta materia de la LOIM, se aprobaron en los primeros meses de 2008 en cumplimiento de las previsiones de citadas tres leyes promulgadas en marzo y abril de 2007, que, como se ha dicho, desarrollan con carácter general, para las Administraciones y las personas empleadas públicas, así como para las Universidades, la promoción del derecho de igualdad en estos ámbitos y que, con tal fin principalmente, se dedican al reconocimiento de derechos subjetivos específicos, a la articulación de medidas de acción positiva y a la definición de nuevos instrumentos institucionales. En concreto, el Consejo de Gobierno de esta Universidad dictó aquellas reglas el 25 de enero de 2008 porque se aproximaban las elecciones a la mayor parte de los Decanatos y Direcciones de Escuela, Departamento e Instituto Universitario y

resultaba necesaria la adaptación a la Universidad de Salamanca del artículo 16 LOIM, que establece que “Los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan”. Se aprobó así por el Consejo de Gobierno, con el informe favorable de la entonces Comisión de Igualdad, las reglas que a continuación se reproducen como ejemplo de algunas de las decisiones tempranas adoptadas por los órganos de gobierno y participación de las universidades:

Artículo 1. La composición de los equipos de Dirección de los Centros, Departamentos e Institutos Universitarios de Investigación procurará atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres.

Artículo 2. Forman parte del equipo de Dirección:

a) En el caso de las Facultades, el Decano o Decana, los Vicedecanos o Vicedecanas y el Secretario o Secretaria. En las Escuelas, el Director o Directora, los Subdirectores o Subdirectoras y el Secretario o Secretaria.

b) En el caso de los Departamentos e Institutos Universitarios de Investigación, el Director o Directora, el Subdirector o Subdirectora y el Secretario o Secretaria.

Artículo 3. Se considerará que la presencia es equilibrada:

a) En los equipos de Dirección formados por cinco miembros, si el porcentaje de personas de cada sexo no supera el sesenta por ciento ni es inferior al cuarenta por ciento.

b) En los equipos de Dirección formados por tres o cuatro miembros, si están representados ambos sexos.

Artículo 4. El nombramiento por el Rector de los miembros de los equipos de Dirección estará condicionado al cumplimiento de la regla de la composición equilibrada, salvo que no sea posible por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por la persona proponente.

La presencia equilibrada de mujeres y hombres se extiende a otros ámbitos de la actividad universitaria para prevenir actos y decisiones discriminatorios, tanto desde la noción de discriminación directa por razón de sexo (“situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable”, artículo 6.1 LOIM), como desde la de discriminación indirecta también por razón de sexo (“situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición,

criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”, artículo 6.2 LOIM).

En este punto resulta conveniente mencionar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la discriminación indirecta por razón de sexo fue acogida por la doctrina del Tribunal Constitucional español (TC). Es muy recomendable el estudio de su Sentencia (STC) 3/2007, que la completa, recuerda y resume, “señalando que este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 de la Constitución Española, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio (STC 41/1999), comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (STC 198/1996, FJ 2; en sentido idéntico, SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995)”. Y es que “no resulta necesario aportar en todo caso un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos supuestos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos casos lo que se compara «no son los individuos», sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el artículo 14 de la Constitución Española, en nuestro caso las mujeres”.

Los diagnósticos realizados para la elaboración de los planes de igualdad de las universidades se han encontrado con supuestos que apuntan recurrentemente a la discriminación indirecta que han venido dificultando principalmente el acceso de mujeres a cátedras sobre todo en algunos campos del saber. Esas limitaciones en el acceso, derivadas de la ausencia de medidas efectivas de conciliación de la vida familiar, laboral y personal, de la persistencia de la distribución arbitraria y discriminatoria para con las mujeres de roles en la familia y la sociedad y de la asignación en exclusiva al hombres, no menos arbitraria y discriminatoria, de ramas y áreas del conocimiento, han producido también a la reducida presencia de las mujeres en los órganos de gobierno de las universidades.

Así las cosas, se incluye por la Ley Orgánica 4/2007 la perspectiva de género en la investigación y en la selección o la promoción del personal. Por ello, entre otros aspectos, “se promoverá que los equipos de investigación desarrollen su carrera profesional fomentando una presencia equilibrada entre mujeres y hombres en todos sus ámbitos” (artículo 42.4 LOU) o se fija el criterio en las comisiones de acreditación nacional, que “en todo caso, deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, procurando una composición equilibrada entre mujeres y hombres, salvo que no sea posible por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas” (artículo 57.2 LOU), y en las comisiones que actúan en los concursos de acceso a plazas, cuya “composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, procurando una composición equilibrada entre mujeres y hombres, salvo que no sea posible por razones fundadas y objetivas debidamente motivadas” (artículo 62.3 LOU).

La coincidencia en el tiempo de la entrada en vigor de la LOIM y de la reforma de la LOU por la Ley Orgánica 4/2007 fomentan el interés institucional sobre la igualdad efectiva de mujeres y hombres en las universidades. Se consigue que los debates acerca de esta materia se conviertan en habituales, seguramente por vez primera, en las reuniones de los Claustros Universitarios y los Consejos de Gobierno. La necesidad de adaptar los Estatutos a las previsiones de la Ley Orgánica 4/2007 y la creación de las Unidades de Igualdad han devenido especialmente útiles para mejorar el marco normativo y la adopción de decisiones institucionales conducentes a la promoción y tutela de la igualdad efectiva en el seno de la comunidad universitaria.

El inicio de los debates y la consiguiente articulación de instrumentos al respecto se habían producido poco antes en la Administración General del Estado. Había devenido fundamental la definición de las Unidades de Igualdad de los Ministerios y sus funciones, así como del concepto y de los contenidos de los planes de igualdad en empresas y Administraciones por la LOIM. Recuérdese que se entiende por plan de igualdad “un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados” (artículo 46.1 LOIM). Se establece también que “Para la consecución de los objetivos fijados, los

planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo” (artículo 46.2 LOIM). Por otra parte, la disposición adicional octava de la Ley 7/2007 (ahora disposición adicional séptima del TRLEBEP) señala que “Las Administraciones Públicas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres” y que “las Administraciones Públicas [entre ellas las universidades públicas] deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo”.

Con todo, las Unidades y los planes de igualdad de las universidades disponen de singularidades. Coinciden en sus contenidos esenciales con los previstos con carácter general pero han de ampliarse a un colectivo que, aunque no forma parte del personal, tiene gran relevancia en el cumplimiento de los fines del servicio público de la educación superior. Se trata evidentemente de las y los estudiantes, que estarán presentes en las Unidades y los planes de igualdad como sujetos activos en la configuración de las políticas de igualdad y como receptores de las mismas para la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en las universidades y, a través de su formación, para la remoción de los obstáculos que la impiden en la sociedad. Ha de mencionarse, en esta línea, la modificación por la Ley Orgánica 4/2007 del apartado b) del artículo 46.2 LOU, que reconoce como derecho de las y los estudiantes “La igualdad de oportunidades y no discriminación por razones de sexo, raza, religión o discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social en el acceso a la universidad, ingreso en los centros, permanencia en la universidad y ejercicio de sus derechos académicos”, así como la adición en el mismo del apartado j) y, con ello, de la contemplación expresa del derecho a recibir un trato no sexista.

Destaca la regulación en los Estatutos de la Universidad de Salamanca, introducida en su reforma aprobada por el Acuerdo 38/2011, de 5 de mayo, de la Junta de Castilla y León, de la Unidad de Igualdad, a la que se le dota de naturaleza de órgano de promoción y tutela de los derechos de los miembros de la comunidad universitaria. El Claustro Universitario acordó que la Unidad de Igualdad, como opción sistemática

con evidentes connotaciones simbólicas, compartiera título con el Defensor o la Defensora de la Comunidad Universitaria, órgano sobresaliente creado también por la ley y vinculado directamente al máximo órgano de representación. Por ser la primera vez que se incorpora este órgano al más alto nivel de la estructura universitaria, se reproduce seguidamente el texto del artículo 177 bis de estos Estatutos:

1. Corresponde a la Unidad de Igualdad la promoción de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en la Universidad de Salamanca y el seguimiento del desarrollo y cumplimiento de la legislación y de los planes y medidas de igualdad que se adopten. Desempeña además las funciones que a continuación se relacionan:

a) Recabar la información estadística elaborada por la Universidad y asesorar a los órganos o servicios competentes en relación con su preparación.

b) Redactar estudios y propuestas para promover la igualdad efectiva de mujeres y hombres en la Universidad, así como favorecer la adopción de políticas y medidas transversales que contribuyan a este fin.

c) Asesorar a los órganos competentes en la elaboración del diagnóstico de situación, en la definición de los planes y medidas de igualdad y en la evaluación de su cumplimiento.

d) Fomentar el conocimiento por el personal de la Universidad y por el alumnado del alcance y significado del derecho de igualdad mediante la formulación de propuestas de acciones formativas y de campañas informativas.

e) Velar por el cumplimiento en la Universidad de la legislación sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres y por la promoción y la tutela del derecho de igualdad.

f) Todas aquellas funciones que le encomienden el Claustro Universitario o el Consejo de Gobierno.

2. Anualmente la Unidad de Igualdad presentará una memoria de actividades al Claustro Universitario, en la que se recojan, en su caso, recomendaciones y sugerencias.

Corresponde precisamente al Claustro Universitario elegir a los miembros de la Unidad de Igualdad, en la que están representados los distintos sectores de la comunidad universitaria. La persona titular de la Dirección de este nuevo órgano es elegida por y entre sus integrantes. Los Estatutos de la Universidad de Salamanca contemplan asimismo la aprobación por el Claustro de un reglamento de funcionamiento de la Unidad de Igualdad, para que queden fijados los procedimientos y, con ello, se logre la eficacia pretendida, y prevén la existencia de, al menos, un

debate anual en el pleno del Claustro sobre el estado de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en la universidad.

## **2. Igualdad y acceso a la educación superior**

Las universidades como responsables del servicio público de la educación superior disponen de una singular posición en la promoción de la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Reúnen una serie de características que las sitúan en un lugar idóneo para cumplir los fines y los objetivos citados en el apartado anterior, muy principalmente en materia de educación y formación, de investigación y de concienciación, sensibilización o generación de opinión ciudadana. Repasemos algunos de los rasgos y condiciones más sobresalientes al respecto, aplicados a una universidad pública como la de Salamanca:

- 1) Entidad pública.
- 2) Empleadora de personal funcionario y laboral.
- 3) Con muchos y muy diferentes lugares y ambientes de trabajo.
- 4) Con empresas concesionarias, proveedoras y otras entidades públicas y privadas que realizan su actividad en colaboración y hasta en los mismos lugares de trabajo.
- 5) Con sus instalaciones y actividades abiertas a un elevado número de usuarios y con una notable influencia en su entorno social por lo que se refiere a la generación de sinergias, debates, concienciación, fomento e impulso de proyectos, etc.
- 6) Formadora de personas que ejercerán como profesionales, que prestarán trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, que formarán parte del personal funcionario o laborales de las Administraciones públicas, que serán empresarios o empresarias, etc.
- 7) Formadora de personas con carreras especialmente vinculadas por su dedicación a la igualdad, a su promoción o a su tutela.
- 8) Formadora de personas con carreras especialmente vinculadas por su dedicación a la promoción de la educación en valores, a la enseñanza en y para la igualdad efectiva desde la educación infantil y primaria e incluso para la creación de cultura de igualdad desde los medios de comunicación.
- 9) Con centros y grupos de investigación dedicados desde disciplinas diversas a la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- 10) Con convenios de colaboración en materia de igualdad con Administraciones Públicas, sindicatos, asociaciones empresariales, asociaciones profesionales del trabajo autónomo y entidades ciudadanas y profesionales de muy diversa índole.

La relevancia de la educación superior como instrumento institucional promotor de la igualdad efectiva de mujeres y hombres no viene dada, por consiguiente, por las políticas de igualdad referidas a la universidad como marco de prestación de trabajo, materia esta de importancia sobresaliente, no obstante; pues en este campo no se diferenciaría mucho de otras entidades públicas o privadas. La mayor aportación de la universidad al respecto viene determinada, como se ha visto, por la orientación de la investigación, que va a contribuir a modificar desde una perspectiva de género multidisciplinaria conceptos y hábitos propios de una sociedad machista, y por la educación en valores democráticos y de igualdad real, así como la formación de profesionales y la divulgación o la extensión hacia la sociedad en su conjunto de los valores citados. De ahí la importancia de los cambios operados en el marco institucional universitario, descritos someramente en el apartado anterior, y de la oportunidad todavía desaprovechada en este asunto de mejorar los planes de estudios de grados y másteres para reflexionar y formar convenientemente en igualdad y sobre igualdad real y efectiva.

No puede olvidarse que la incorporación de las mujeres a la educación superior constituye una conquista histórica que ha de incrementarse y reflejarse adecuadamente en la sociedad en su conjunto y en las distintas facetas y estructuras de la misma. Destaca como consecuencia esencial la facilitación del acceso de las mujeres en mejores condiciones y con niveles más altos a la prestación de trabajo por cuenta ajena, también al trabajo autónomo, a la función pública o al empresariado en general. Como se sabe, esta combinación de educación superior y mejora del acceso a actividades productivas o de prestación de servicios retribuidos dispone de singular relevancia en materia de igualdad y no discriminación desde varias perspectivas:

- a) La dignidad y el desarrollo de la personalidad, así como, por consiguiente, de la base imprescindible para el ejercicio de los derechos que nacen de la misma.
- b) La consecución de autonomía económica gracias a la percepción de retribuciones (salarios, sueldos, beneficios) y, con ello, de libertad e independencia, adquiriendo una posición firme para la satisfacción de sus necesidades y la tutela de sus derechos e intereses económicos, sociales, culturales, etc.
- c) La ocupación de posiciones óptimas para empoderarse, es decir, para penetrar en los núcleos o centros en los que se adoptan las principales decisiones en las empresas y las Administraciones. La realidad demuestra que sin actividad laboral, empresarial o

profesional deviene prácticamente imposible el acceso a estos órganos o espacios de gobierno.

Precisamente por esta relevancia, o tal vez como consecuencia de la misma, la educación superior y las relaciones laborales, entendidas en sentido amplio, se caracterizan históricamente y en el presente por propiciar u ocultar algunos de los más graves comportamientos discriminatorios para con las mujeres. Desde el acceso a la universidad y al mercado de trabajo, al empleo, hasta la adopción de las decisiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, se suceden las situaciones de desventaja y exclusión. Así, a pesar de los avances producidos, se detectan con facilidad conductas y restricciones que pasan por el encasillamiento profesional, la ignorancia dolosa de las aptitudes y la formación, el menoscabo de las condiciones de trabajo y los recortes salariales, la obstaculización de la promoción, la vinculación en exclusiva de la mujer a las tareas familiares (quedando desvirtuadas y debilitadas las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral), la trivialización de la maternidad y su protección (y, más recientemente, de la paternidad y la suya), el desprecio por la seguridad y la salud laboral de las mujeres (hasta con exclusión de la evaluación de los riesgos laborales o profesionales específicos), el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, la búsqueda de mecanismos para eludir la represión de los actos. En sintonía con estos planteamientos y para dificultar los comportamientos discriminatorios mencionados, la LOIM, entre otros asuntos, “incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 2002/73, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, de modificación de la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y la Directiva 2004/113, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro” (disposición final cuarta).

Esta aparente paradoja que describe la relación entre igualdad, educación superior y trabajo retribuido o, en fin, la conclusión indiscutida de que sin este último se convierte en imposible la igualdad real y efectiva de las mujeres y de que en pocas facetas de la vida se dan con tanta frecuencia decisiones y actos discriminatorios, ha sido tenida en cuenta con atención por la LOIM y por la Ley Orgánica 4/2007. Ya se han repasado en el apartado anterior las aportaciones a la solución de estos problemas efectuadas por la Ley Orgánica 4/2007 y su reforma de la LOU. Además buena parte de

los preceptos de la LOIM dan respuesta a las agresiones que padece o puede padecer el derecho de igualdad en las relaciones laborales, tanto específica como inespecíficamente, hasta dispone de un título IV que responde al rótulo de “El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades”. Asimismo, al menos dieciséis de las veintisiete normas con rango de ley que se modificaron por ella se refieren a la regulación de la prestación de trabajo y de servicios por trabajadoras por cuenta ajena y funcionarias, así como a previsiones concordantes en materia de seguridad social.

La LOIM, como acaba de indicarse, dedica una especial atención a la consecución y la tutela de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el marco de las relaciones laborales. Disponen de especial relevancia en el ámbito de la prestación de trabajo por cuenta ajena las previsiones, derechos, valores, principios y conceptos que, con carácter general y horizontal, proclama o expresa su título preliminar (el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, la determinación de las consecuencias y efectos de las conductas discriminatorias, la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas, las nociones ya citadas de discriminación directa e indirecta, las cuidadas y necesarias definiciones de acoso sexual y acoso por razón de sexo, la discriminación por embarazo o maternidad, la plena legitimación de las acciones positivas, la garantía de indemnidad frente a las represalias por la presentación de una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso para impedir la discriminación y lograr el cumplimiento efectivo del principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como el reforzamiento, también en el seno del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, de los cauces y técnicas procesales para la tutela del derecho a la igualdad). Hasta entre estos preceptos iniciales se halla uno que remite directamente a las relaciones laborales al reconocer el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el empleo privado y en el público, “en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas” (art. 5, primer párrafo, LOIM).

Las repercusiones positivas de la consecución y la irradiación de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en y desde la educación superior aconsejan una especial dedicación a estas materias, pensando especialmente de los contenidos y las

metodologías de los títulos universitarios reformados y adaptados al espacio europeo de educación superior y, por supuesto, definiendo las nociones de calidad y de excelencia sobre los derechos fundamentales, los principios y valores democráticos y, consecuentemente, sobre la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Los siete ejes temáticos que guían la elaboración del diagnóstico y la formulación de los programas de acción en el contexto de la educación superior, asumidos en la articulación y puesta en funcionamiento del espacio europeo, son los que se han venido sistematizando en los planes institucionales de igualdad más completos de los aprobados por las universidades públicas, entre ellos, el de la Universidad de Salamanca, esto es:

- 1) La promoción de la igualdad.
- 2) La docencia.
- 3) La investigación.
- 4) La política de personal y las condiciones de trabajo.
- 5) La participación y la presencia en el gobierno de la Universidad.
- 6) La comunicación y la difusión cultural.
- 7) La colaboración de la Universidad en materia de igualdad con las Administraciones General del Estado, de la Comunidad Autónoma y Locales.



# LAS POLÍTICAS LABORALES DE GÉNERO EN CASTILLA Y LEÓN. ENFOQUE DERECHOS HUMANOS 1994-2015

## LABOUR POLICIES OF GENDER IN CASTILLA Y LEÓN. APPROACH HUMAN RIGHTS 1994-2015

M<sup>a</sup> Luz Vaquero Pinto  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** En el presente artículo, se expone una evaluación del cumplimiento de los Derechos Humanos de las Mujeres en Castilla y León, basada en el análisis de la correspondencia entre las directrices de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y los Planes de Empleo e Igualdad en Castilla y León hasta 2015, en lo que respecta a la política de fomento de empleo femenino.

**Palabras clave:** Derechos Humanos de la Mujer, Igualdad de Oportunidades, Discriminación de Género, CEDAW, Planes de Empleo y de Igualdad.

**Abstract:** In this article an assessment of the compliance of women's human rights in Castilla y León is exposed. It is based on the analysis of the correspondence between guidelines of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) and Employment Plans and Equal Castilla y León 2015, especially about the policy to promote women's employment.

**Keywords:** Women's human rights, Equal opportunities, Gender discrimination, CEDAW, Employment and Equality Plans.

### 1. Introducción

En el actual artículo, se van a investigar las principales relaciones entre los Planes Regionales de Empleo y de Igualdad de Castilla y León y la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer<sup>1</sup> (CEDAW), ya que ésta es considerada como la Carta Magna de los derechos humanos de las mujeres, es decir, una declaración internacional de estos derechos humanos de las mujeres que define lo que constituye la discriminación contra ellas, además de establecer una agenda para que las administraciones nacionales y autonómicas terminen con dicha discriminación. Igualmente, la CEDAW es el único tratado de derechos humanos que afirma los derechos de reproducción de las mujeres y señala la cultura y la tradición como las fuerzas influyentes que moldean los roles del género y las relaciones familiares; por ello se ha

---

<sup>1</sup> Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)*, 18 de diciembre de 1979.

escogido la CEDAW para realizar el estudio en profundidad, aunque se puedan citar otras normativas.

Según García Espinar<sup>2</sup>, el empleo, los derechos laborales, o los derechos en relación al trabajo, están recogidos en Normas Internacionales, en Normas de la Unión Europea y en Normas Españolas. No obstante, los Planes de Empleo e Igualdad responden a las Normas Internacionales de los Derechos Humanos y al Informe Oficial de la CEDAW, pero no responden al Informe CEDAW revisado en 2014 por España, ni por la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

## **2. Relación de los planes de empleo con la CEDAW**

Sin embargo, como el estudio que nos ocupa a nivel de la Comunidad de Castilla y León, se centra en el fomento del empleo femenino en el marco de los Derechos Humanos, el análisis prioriza la correspondencia de los Planes de Empleo y de Igualdad de Castilla y León con la CEDAW, que establece una normativa a seguir por los Estados miembros en lo que respecta a eliminar la discriminación de la mujer en la esfera del empleo y su correspondencia, concretamente, en su Art. 11:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:
  - a. El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;
  - b. El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección de cuestiones de empleo;
  - c. El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional y el adiestramiento periódico;
  - d. El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo;
  - e. El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

---

<sup>2</sup> García Espinar, Javier. *En Acción pro derechos humanos* [en línea]. Universitat oberta de Catalunya. <<http://www.derechoshumanos.net/derechos/>> [25 de agosto de 2015].

- f. El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.
2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:
  - a. Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil;
  - b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales;
  - c. Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
  - d. Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.
3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

Con respecto a Castilla y León, debido a la crisis económica y a los recortes presupuestarios, el desempleo aumentó estos últimos años en la construcción, en la industria, en la Administración Pública, comercio, hostelería, transporte, sector bancario y como consecuencia de ello, la demanda interna disminuyó.

El Informe Sombra CEDAW<sup>3</sup> revisado, utilizó datos comprendidos entre 2008 y 2013, extraídos de las administraciones públicas, en los que se observó que los jóvenes de Castilla y León, poseían una alta cualificación. En ese momento, las mujeres representaban el 57% de los universitarios. Con la llegada de la crisis económica, los jóvenes comenzaron a marcharse al extranjero, ya que en nuestra Comunidad no encontraban trabajo. Por lo tanto, Castilla y León ha perdido población en edad de trabajar y, sobre todo, ha perdido un importante capital humano y el dinero invertido en formar a esos jóvenes para que después otros países se aprovechen de esa ventaja competitiva de preparación y talento. Es decir, se ha producido una importante fuga de cerebros.

---

<sup>3</sup> CEDAW. *Informe Sombra España 2008-2013 sobre la aplicación en España de la convención para la eliminación de toda forma discriminación contra las mujeres (CEDAW)*. 61ª sesión del comité CEDAW [en línea]. Naciones Unidas, 2014 <<http://cedawsombraesp.wordpress.com/>> [15 agosto 2015].

Por otra parte, en Castilla y León, se perdieron 42.700 puestos de trabajo en el sector servicios, los cuales eran ocupados casi todos por mujeres. Además, el empleo público se ha reducido un 10%, bajando la tasa de reposición y aplicando despidos según la reforma laboral. Este hecho, afecta sobre todo a las mujeres de la Comunidad, ya que son las que ocupan el mayor número de puestos en la Administración Pública sobre todo aquellos puestos que se consiguen por oposición, concurso o de alguna otra manera que trate de equilibrar la entrada al trabajo de forma igualitaria.

Además, en Castilla y León el índice de temporalidad<sup>4</sup> es muy alto, siendo el total de un 23% y el de las mujeres de un 25%. En el sector privado, la tasa de temporalidad es el 23,95% y en el sector público el 20,92%, pero esto no se ha corregido con las políticas desarrolladas por los gobiernos, ya que en el sector público las mujeres en 2007 tenían una tasa de temporalidad de 30,78% frente al 12,54% de los varones, y actualmente sigue habiendo una diferencia favorable a los hombres de 8 puntos. Es decir, son más temporales las mujeres en la Administración Pública, a pesar de que muchas escojan ésta por su acceso igualitario.

También la contratación indefinida ha sufrido un descenso de un 49,2%, lo que supone un 8% de los contratos que se hacen, con lo que podemos deducir que esta relación contractual no es la mayoritaria entre las mujeres. A su vez, el contrato a tiempo parcial supone el 80,64% de los contratos y se incrementa en un 7,22%, lo que implica mantener la doble jornada laboral parcial más la jornada doméstica para mantenerse en el mercado de trabajo. En Castilla y León hay 113.000 mujeres con jornada parcial, ya que no encuentran trabajos con jornadas completas.

Al mismo tiempo, la tasa de paro en estos últimos años supone de media para las mujeres el 23,7% y el 18,71 % para los hombres. Antes de las reformas políticas, económicas y laborales, era de un 7% de media la tasa de paro de ambos sexos.

Por otro lado, desde el comienzo de la crisis económica, el empleo masculino disminuyó y el empleo femenino aumentó en un 7,8%, lo que nos indicaba la desigualdad que existía y existe en el mercado de trabajo, por falta de recursos públicos y en muchos casos por imposibilidad de acceder al empleo por motivos familiares, lo que mantiene la desigualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo. A pesar de dicho aumento, el empleo de las mujeres está 10 puntos por debajo del de los hombres, o sea, un 55% de hombres, y un 45% de mujeres en Castilla y León. Es decir, las mujeres han descendido en

---

<sup>4</sup> Proporción de personas que tienen contrato temporal sobre el total de población ocupada entre 15 y 64 años.

población inactiva y los hombres han aumentado. Las mujeres se incorporan al mercado de trabajo, pero se debería tener en cuenta, el trabajo no reconocido de las mujeres y la economía sumergida existente con anterioridad al año 2007.

Igualmente, hay una diferencia de 14 puntos respecto de los varones en las tasas de actividad. Las mujeres quieren trabajar, pero el mercado de trabajo sigue sin aceptarlas a pesar de que la tasa de actividad de los hombres haya disminuido en 3,10 puntos. Las mujeres han aumentado su tasa de actividad y la diferencia es de 14 puntos.

De igual modo, en Castilla y León las personas ocupadas en el año 2014 fueron 913.100; de estas 519.600 personas son hombres y 393.500 personas son mujeres, siendo la ocupación de las mujeres inferior. En el comienzo de la crisis, la tasa de empleo de los hombres era de 65.28% frente a 43.82% de las mujeres, lo que nos indica que las políticas que se han desarrollado siguen manteniendo diferencias en las tasas de empleo.

Por el contrario, las políticas de apoyo a emprendedoras tampoco están teniendo los efectos que se esperaban. Además de las diferencias de los principales indicadores de empleo en perjuicio de las mujeres, las políticas públicas no le dan el suficiente apoyo al trabajo por cuenta propia de las mujeres y sólo un 30% del total de personas empleadas por cuenta propia son mujeres.

Según el Informe Sombra revisado en 2014 de Castilla y León, se encontraron diferencias salariales entre mujeres y hombres, tanto a nivel estatal como a nivel autonómico. De esta manera, se entiende que la Brecha Salarial sigue existiendo, tanto en España como en Castilla y León, siendo los datos, los que a continuación se exponen.

**Cuadro 1.**  
**Brecha salarial España. Castilla y León**

	España	Castilla y León
Salario medio	Mujeres: 19.767,59 €	Mujeres: 18.193,91 €
	Hombres: 25.667,89 €	Hombres: 23.482,58 €
Diferencia	5.900,30 €	5.288,67 €
	23 %	22,53%

**Fuente: Informe Sombra Castilla y León 21 y 22 de febrero 2014**

De la misma manera, las reformas laborales impuestas por los gobiernos en 2010 y posteriormente en el Real Decreto-Ley 3/2012, no han servido para combatir la desigualdad en el ámbito laboral y tampoco para crear un mundo laboral más justo con

mujeres y hombres. Estas reformas mantienen la segregación laboral, atentan contra el principio de igualdad e impiden la conciliación de la vida laboral y familiar de las mujeres.

Se entiende que con las reformas que se llevaron a cabo no se aplicaron las medidas necesarias para alcanzar la igualdad en un mercado de trabajo que segrega a mujeres y hombres según el sexo con una brecha salarial del 22.53% en Castilla y León. Tampoco se han corregido las tasas de temporalidad altas, sobre todo entre las mujeres y que como se ha demostrado, la utilización del contrato a tiempo parcial ha servido para que sólo las mujeres asuman las responsabilidades familiares y de mantenimiento del hogar.

En definitiva, las reformas laborales deberían haberse encaminado hacia la creación de empleo sin importar el sexo, a la eliminación de los trabajos considerados sólo masculinos y sólo femeninos, a conseguir un reparto equilibrado en las responsabilidades del ámbito doméstico, sin embargo, ha sido todo lo contrario. Con posterioridad, el Informe Sombra revisado en 2014 en Castilla y León analizó algunas medidas y cómo éstas influyeron en la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

En principio, en Castilla y León, destacan las empresas de trabajo temporal, que buscan conseguir el máximo beneficio con el mínimo coste, como agencias de colocación tanto para colocar en la empresa pública o privada. Ello va a suponer que se rompa el principio de igualdad de oportunidades a la hora de convocar el proceso selectivo aparte de la inclinación por parte de las empresas de trabajadores y trabajadoras “a la carta”. En este contexto las mujeres no suelen salir beneficiadas ya que la tendencia del mercado es considerarlas menos productivas, creencia errónea derivada de un proceso de socialización diferenciada. Según el Informe Sombra revisado de 2014 en Castilla y León, descendieron el número de Empresas de Trabajo Temporal (ETT) pero aumentaron las agencias de colocación.

En cuanto a la creación del contrato indefinido de apoyo a emprendedores, el cual tiene carácter temporal y no lleva asociada indemnización alguna por despido, con un periodo de prueba de un año, se precarizó aún más la situación de las mujeres al ser un contrato que solo puede aplicarse en empresas de menos de 50 trabajadores, las cuales se sitúan en muchos casos en sectores altamente feminizados. Esta modalidad de contrato supuso en la Comunidad Autónoma el 7% del total de contratos, ya que se caracteriza por un mercado empresarial de pequeña y mediana empresa e incluso de microempresa.

En Castilla y León, el 84% de los contratos que se realizan es en la modalidad a tiempo parcial, contrato que supone que las mujeres sigan siendo las que asuman en mayor medida las tareas del hogar, es decir, la jornada de trabajo remunerada y la jornada

doméstica. En los Planes de Empleo de Castilla y León, se justifica este tipo de contratación diciendo que es una forma de ayudar a que disminuya el desempleo en nuestra Comunidad. Por ejemplo, en el II Plan Regional de Empleo se expuso que se potenciarían medidas a favor del empleo a tiempo parcial, como idea idónea para insertar en el mercado de trabajo a determinados colectivos y ayudar a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Es importante destacar, que la reforma laboral recoge la flexibilidad interna, es decir, permitió que, de manera unilateral, la empresa pudiera modificar las condiciones de trabajo que se tenían pactadas bien por acuerdo o bien en convenio colectivo. Esto implica la posibilidad de modificar la jornada (la disponibilidad para la empresa de un margen de distribución irregular de la jornada del 10%) o el horario por parte de la empresa, haciendo imposible compatibilizar la vida laboral con la familiar, siendo esta la principal causa por la que pierden el empleo las mujeres.

También, en relación con el artículo 11 de la CEDAW, relativo a igualdad en materia de empleo y trabajo:

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:
  - c. Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.

Según el Informe Sombra revisado de 2014 en Castilla y León, se puede observar que, las medidas que desarrolla el Real Decreto-Ley 3/2012 referente a la conciliación de la vida laboral y familiar, no fomentan el reparto equilibrado de las tareas. Un ejemplo de ello es la modificación del permiso de lactancia que pasa a ser utilizado solamente por uno de los dos progenitores, y anteriormente se podía compartir entre la pareja. Igualmente, la posibilidad de hacer horas extras pudo traer consigo una situación de precariedad de muchas mujeres por la situación de menor disponibilidad, ya que en Castilla y León esta fórmula contractual de horas extras más contrato a tiempo parcial es la que se está dando estos últimos años. Por otro lado, el abaratamiento del despido que se da en ambas reformas, ya sea bajando la indemnización, o bien a través de la facilidad para despedir,

precarizan aún más a las que tienen menos salario, y en Castilla y León, son precisamente las mujeres.

Con respecto a la negociación colectiva, debería ser una herramienta clave para alcanzar la igualdad en el empleo, en Castilla y León. Según dicho Informe, los convenios que mayor adscripción acumulan son los convenios pertenecientes al sector del Comercio y la Hostelería seguido del sector del Metal, la Construcción, el sector Agrario, las Administraciones Públicas, el Transporte y la Limpieza. Se señaló como importante, el convenio de ámbito regional de Ayuda a Domicilio que afecta a 5.200 personas directamente. Lo fundamental en la negociación colectiva es tener en cuenta cuáles son los sectores más feminizados con el fin de tomar las políticas adecuadas para eliminar las desigualdades de género. Uno de los sectores más feminizados es el del comercio y la hostelería, así como el de ayuda a domicilio, que estaría comprendido también en el sector servicios.

El Informe Sombra revisado de 2014 en Castilla y León, señala que el principal obstáculo en la negociación de convenios colectivos en Castilla y León es que no se negocian cláusulas relativas a derechos sociales, complementos en la incapacidad temporal, o que se plantean dobles escalas salariales, al congelar la antigüedad y no plantear fórmulas alternativas. No hay ningún tipo de interés por negociar materias de igualdad en los convenios, aunque venga establecido en la legislación, debido a la crisis económica, por falta de medios y quizá también por falta de mujeres en las primeras filas del sindicalismo.

Por otro lado, el Informe Sombra analiza los efectos de la reforma de las pensiones de 2011 sobre las mujeres, teniendo como referencia el artículo 11 de la CEDAW relativo a igualdad en materia de empleo y trabajo:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:
  - e. El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.

Y el artículo 13 de la CEDAW en relación a la igualdad en los derechos vinculados a la seguridad económica y social:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de

asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a. El derecho a prestaciones familiares.

En el análisis se destacó que la reforma del sistema de pensiones que afecta a las mujeres desde el año 2011 tiene una especial repercusión sobre éstas en algunos puntos, porque las mujeres tienen una situación laboral desigual desde el punto de partida. Por ello, lo primero que se reivindica es la incorporación de las mujeres al empleo en igualdad real con los hombres, ya que es la base para garantizar la igualdad en las futuras pensiones de las mujeres.

También, el Informe plantea que la reforma de las pensiones, recoge una propuesta que se refiere a la previsión social complementaria, la cual establece incentivar fiscalmente los fondos de pensiones a favor del cónyuge, alegando que supondría una mayor protección de las mujeres. Por lo tanto, lo que se debe reivindicar es que la vía para acceder a las prestaciones y a la protección no puede ser “vía cónyuge”, sino vía cotización a través de la inclusión de las mujeres en el mercado laboral en igualdad con hombres.

Por otro lado, se señala que una modificación importante en la reforma es el retraso en la edad de jubilación hasta los 67 años, que afecta más a las mujeres que a hombres. Una de las causas es que a partir de los 54 años y hasta la jubilación, dos tercios de los hombres y el 80% de las mujeres están desempleados/as. La mayoría de las paradas son mujeres, con lo que muchas no llegan a generar derecho a pensión contributiva, entre otras razones, debido a las jornadas parciales que tienen, de manera no voluntaria, aun teniendo en cuenta la última modificación en el periodo de cálculo de la pensión de jubilación para trabajadoras y trabajadores a tiempo parcial. Se tiene en cuenta que las mujeres tienen carreras de cotización más cortas, se incorporan más tarde al mercado de trabajo y salen de él con más frecuencia para atender a las personas dependientes y además la reforma en la cotización de las cuidadoras de la ley de dependencia, dificulta que éstas tengan cotizaciones a la Seguridad Social. Es decir, hay una repercusión que afecta a la vida laboral y a la pensión de las mujeres con el aumento de los recortes, la Ley de dependencia y la eliminación de seguros sociales.

En relación a la mujer rural se entiende que está en una situación de doble discriminación, por ser mujer y estar en el ámbito rural. A raíz de esa situación de doble discriminación, se contribuye a invisibilizar el trabajo de las mujeres y se obstaculizan sus

derechos. Por lo tanto, la CEDAW, establece directrices concretas, dirigidas exclusivamente a la mujer rural, en su artículo 14, apartados:

1. Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer en las zonas rurales.
2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:
  - a) Participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo a todos los niveles;

El Informe Sombra revisado plantea que para realizar una valoración de la situación de las mujeres del medio rural se necesita visibilidad y existen problemas demográficos que no están resueltos y que tienen relación con la desigualdad y la discriminación de género, como son la despoblación, el envejecimiento, y la masculinización.

Además, se señala que se debe tener en cuenta las condiciones de empleo de las mujeres rurales, sus derechos a la Titularidad de las explotaciones y la cobertura (Seguridad Social y prestaciones sociales), remuneración, participación en las organizaciones profesionales legitimadas en las urnas, y presencia en las instituciones locales o autonómicas. Análogamente, el tejido asociativo de las mujeres rurales, se usa tradicionalmente para fines electorales, que promociona a mujeres defensoras del patriarcado, vinculadas con la iglesia y los partidos conservadores. Por lo tanto, las asociaciones de mujeres son más bien culturales que reivindicativas de los derechos de las mujeres. De igual manera, los sindicatos agrarios mantienen estructuras y prácticas androcéntricas. Desde las direcciones no se estarían estableciendo sistemas de representación que respondan a la paridad entre mujeres y hombres o a cuotas que garanticen la presencia equilibrada de ambos sexos.

Por otro lado, en cuanto a las políticas agrarias y de desarrollo rural, el Informe Sombra revisado señala que se necesitan Informes de Impacto de Género de las mismas. Así mismo, las referencias a mujeres aparecen junto a jóvenes. Las mujeres siguen siendo consideradas como un colectivo con mayores dificultades de acceso al empleo y en varias ocasiones en los Planes de Empleo, se incluye a las mujeres en colectivos de riesgo de exclusión social.

Según el Informe, la crisis actual se une al cambio en el modelo productivo. La “burbuja” del actual modelo alimentario se ha construido con desigualdad de género. Hay mujeres interesadas en la producción agroalimentaria que se instalan de forma alternativa, en muchas localidades. Estas mujeres están al margen de las políticas oficiales (las que hacen un reparto injusto de las ayudas públicas). Los escasos estudios con perspectiva de género visibilizan que las mujeres tienen menos derechos y cobran menos ayudas. Así pues, la agroecología o agricultura ecológica, recoge aspectos sociopolíticos que están cerca a la igualdad de género, ya que es una nueva forma de producir y consumir alimentos, que une a la población rural y urbana, y se va configurando con predominio de mujeres al frente de su gestión. Y, por último, según el Informe Sombra, el ecofeminismo, es decir la perspectiva de género en la conciencia ecologista, está surgiendo con fuerza como alternativa de pensamiento y activismo. Y como marco político nos encontramos con el feminismo campesino y la soberanía alimentaria, que nos indica que podemos definir las políticas agrarias y alimentarias de acuerdo a objetivos de desarrollo sostenible y seguridad alimentaria.

### **3. Conclusiones**

Según el Informe Sombra de la CEDAW de julio de 2015, se ha producido una vulneración sistemática de los compromisos contraídos con dicha Convención en los últimos 6 años, tanto en España como en Castilla y León.

En cuanto a los Planes de Empleo, en relación a la mujer, las conclusiones brevísimas serían:

El I Plan de Empleo de Castilla y León 1998-2000 incluyó a las mujeres en el grupo de colectivos en riesgo de exclusión social. Su objetivo principal era eliminar el desempleo de larga duración. El 4º Eje del Plan era: “Reforzar la política de igualdad de oportunidades”. El II Plan Regional de Empleo de Castilla y León 2001-2003 propuso facilitar la empleabilidad de las mujeres y dar ayudas fiscales y técnicas a las empresas que implementaran programas de acción positiva para las mujeres. El III Plan Regional de Empleo de Castilla y León 2004-2006 estableció como objetivo la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y el fomento de la iniciativa emprendedora para mujeres.

A partir del IV Plan de Empleo de Castilla y León 2007-2010, se identificaron medidas para el fomento del empleo femenino coincidentes con la Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, medidas para ayudar a la creación de empresas, medidas en relación a la

conciliación de la vida familiar y laboral de las trabajadoras que se establecieran por cuenta propia. Además, la formación ocupacional pretendió formar a mujeres en actividades de alta demanda y en nuevas tecnologías y se fomentó la sensibilización empresarial en discriminación indirecta hacia la mujer en el trabajo. El V Plan de Empleo de Castilla y León 2011 estuvo enfocado a la reducción del desempleo y trató de dar estabilidad y calidad del empleo de las mujeres a través de las ayudas a PYMES. Intentó fomentar el autoempleo femenino. Aparecieron nuevos yacimientos de empleo. El mismo pretendió la conciliación de la vida familiar y laboral y también fomentó la formación a mujeres en profesiones que estuvieran subrepresentadas. Desapareció la medida de sensibilización empresarial respecto a prácticas de discriminación indirecta y se dieron ayudas a ERE del sector textil-confección.

El VI Plan Regional de Empleo de Castilla y León 2012-2015 expresa un Programa de Integración y Empleo (PIE), que estuvo centrado en la reducción de la tasa de desempleo; en el que se fomentó el trabajo por cuenta propia, por cuenta ajena, la formación profesional, la economía social y la cualificación profesional. Hubo una evolución en las medidas del fomento del empleo femenino y una extensión del VI Plan fue el I Plan de Igualdad y Conciliación en el Trabajo, donde la Estrategia Integrada de Empleo de Castilla y León 2012-2015 propuso actuaciones para garantizar la igualdad de oportunidades y la no discriminación de la mujer. Parejamente, el I Plan de Igualdad y Conciliación en el Trabajo, tuvo como objetivos prioritarios: garantizar un empleo de calidad. Conciliar la vida familiar y laboral. Fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y superar la segregación ocupacional e incrementar el empleo femenino.

En síntesis, se podría concluir que se ha producido una evolución en cuanto a la incorporación de medidas que afectan al colectivo femenino y que son también resultado de la evolución de la mejora de los derechos de la mujer a nivel internacional. De alguna manera, los Planes Regionales de Empleo responden a las normas establecidas que pretenden la tutela de los derechos de la mujer, que se han establecido en las Conferencias Internacionales de la Mujer, la CEDAW y la Declaración de los Derechos Humanos. Sin embargo, aunque se ha percibido una evolución en la toma de medidas, que pretenden garantizar los derechos del sexo femenino, las mismas no alcanzan para eliminar en su totalidad, la discriminación de la mujer en el ámbito laboral. Además, se observa un estancamiento en el desarrollo de medidas específicas que mejoren las posibilidades de acceso al trabajo, así como las condiciones laborales existentes de los colectivos que se consideran con mayores dificultades en mejorar su perspectiva laboral. Los Planes

Regionales de Empleo aprobados a partir del 2008 concentran sus medidas en la reducción del desempleo y, por el contrario, omiten medidas concretas para prevenir la discriminación de la mujer en el mercado laboral.

De igual manera y en pocas palabras, las conclusiones que observamos después de analizar los Planes de Igualdad en relación a la mujer son:

El I Plan Integral para la Igualdad de Oportunidades de la Mujer en Castilla y León 1994-1996 reforzó el Área de Empleo, Formación y Relaciones Laborales. El II Plan Integral de Igualdad de Oportunidades para la Mujer de la Comunidad de Castilla y León 1997-2000 fue un poco ambiguo en la redacción de las medidas y se pareció más a un compendio de pretensiones. El III Plan Integral de Igualdad de Oportunidades para la Mujer de la Comunidad de Castilla y León 2001-2005 evolucionó con respecto a planes anteriores, ya que incorporó nuevas áreas. Apareció la aplicación de los Derechos Humanos e incluyó el presupuesto, seguimiento y evaluación del Plan.

El IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León 2007-2011 fue similar al anterior y con fuerte dispersión en los datos del cumplimiento presupuestario. Una extensión de este Plan fue el “II Plan contra la Violencia de Género”, que convirtió el Área de Violencia de Género en un plan independiente. Lo mismo sucedió con el Área de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, por lo que se aprobó la “II Estrategia Regional de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral 2008-2011”. Además, existió una medida prevista en el Plan que no se programó ni ejecutó y que fue: impulsar la realización de estudios e investigaciones sobre la situación y necesidades de las mujeres con discapacidad en Castilla y León. El V Plan Autonómico para la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres y contra la Violencia de Género en Castilla y León 2013-2018 promovió la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, trató de evitar la desigualdad salarial, el acoso por razón de sexo y otras prácticas discriminatorias. Se mantuvo la idea de que las medidas contra la violencia de género estarían mejor desarrolladas y ampliadas en un plan independiente. Pero una de sus conclusiones más importantes es la referida a la fusión del Plan de Igualdad y el Plan de Violencia de Género, que se justificó desde la Administración Pública, como una ayuda para garantizar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Sin embargo, desde la investigación, se entiende que dicha fusión responde a la reducción de presupuesto, debido a la crisis económica, ya que sus partidas presupuestarias han ido disminuyendo desde el anterior Plan de Igualdad.

### Referencias Bibliográficas

- Andreu Abela, Jaime. *Las técnicas de Análisis de Contenido: Una revisión actualizada*. Sevilla: Fundación Centro de Estudios Andaluces, 2002.
- CEDAW. *Informe Sombra España 2008-2013 sobre la aplicación en España de la convención para la eliminación de toda forma discriminación contra las mujeres (CEDAW)*. 61<sup>a</sup> sesión del comité CEDAW [en línea]. Naciones Unidas, 2014. <<http://cedawsombraesp.wordpress.com/>> [15 agosto 2015].
- CCOO Zamora. *Las Mujeres en Castilla y León*. CCOO. Zamora, 14 de mayo de 2015.
- Decreto 53/1994, de 3 de marzo, por el que se aprueba el “Plan Integral para la Igualdad de Oportunidades de la Mujer” en Castilla y León, 1994.
- Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)*, 18 de diciembre de 1979.
- García Espinar, Javier. *En Acción pro derechos humanos* [en línea]. Universitat oberta de Catalunya. <<http://www.derechoshumanos.net/derechos/>> [25 agosto 2015].
- Junta de Castilla y León, UGT Castilla y León, y Servicio Público de Empleo de Castilla y León. *Estrategia Integrada de Empleo Castilla y León 2012-2015. VI Plan Regional de Empleo*. Castilla y León, 2012, pp. 29-78.
- Junta de Castilla y León. *Acuerdo Plan Regional de Empleo 2007-2010*. Junta de Castilla y León, 2007.
- *Acuerdo. Plan Regional de Empleo 2011*. Junta de Castilla y León, 2011.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.

# **POLÍTICAS PÚBLICAS Y MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL DE APOYO A LA MUJER EN EL MUNDO RURAL DE CASTILLA Y LEÓN**

## **PUBLIC POLICIES AND NORMATIVE AND INSTITUTIONAL FRAMEWORK FOR SUPPORTING WOMEN IN THE RURAL WORLD OF CASTILLA Y LEÓN**

María Josefa García Cirac  
*Universidad de Salamanca*

Luis Heredero Ortiz de la Tabla

*Funcionario del Cuerpo Superior de la Administración de Castilla y León*

**Resumen:** El 96% de la superficie de Castilla y León es zona rural. Todas las instancias académicas, políticas y administrativas coinciden en la trascendencia del mundo rural para la economía, para el medio ambiente y para la sociedad. Y su futuro depende, en gran medida, de la permanencia de mujeres en el mismo. Por ello los poderes públicos ponen en marcha normas y medidas para mejorar la igualdad de oportunidades, el empleo femenino y los servicios públicos en la zona rural.

**Palabras clave:** Mujer, Rural, Igualdad, Agrario, Oportunidades, Empleo.

**Abstract:** 96% of the area of Castilla y León is rural. All academic, political and administrative instances coincide in the transcendence of the rural world for the economy, for the environment and for society. And its future depends, to a great extent, on the permanence of women in it. That is why the public authorities put in place rules and measures to improve equal opportunities, women's employment and public services in rural areas.

**Keywords:** Women, Rural, Equality, Agriculture, Opportunities, Employment.

### **1. Las circunstancias geográficas y económicas: el mundo rural en Castilla y León**

La Comunidad de Castilla y León, con 94.227 km.2 es la región más extensa de España, y la tercera más extensa de toda la Unión Europea (UE-28). Con una población de 2.447.519 habitantes<sup>1</sup> la densidad media de nuestra región se sitúa en 26 habitantes por km2. Desde los 64,6 habitantes por kilómetro cuadrado de Valladolid, hasta los 8,7 de Soria.

El 96% de la superficie de la Comunidad es zona rural, y en ella se sitúa el 50,3% de la población y el 45% del total las mujeres de Castilla y León.

Por otra parte, nos encontramos en una región peculiar en cuanto a su estructura municipal porque cuenta con 2.248 municipios, siendo éstos de reducido

---

<sup>1</sup> Cifra oficial de población resultante del Padrón Municipal a 1 de enero de 2016 según datos de la página web de la Consejería de Economía y Hacienda. <<http://www.estadistica.jcyl.es/web/jcyl/Estadistica/es/Plantilla100/1284199228842/ / / >> [22 marzo 2017].

Rico González, Margarita y Gómez García, Jesús M<sup>º</sup>. "La contribución de la mujer en la economía rural de Castilla y León". Economía Agraria y Recursos Naturales. Vol. 9, 2. (2009). pp. 51-77.

tamaño (el 88,6% tiene menos de 1.000 habitantes). Y en ellos reside el 18,5% de los castellanos y leoneses.

De la combinación de los datos de población, tamaño de municipio y sexo obtenemos los siguientes resultados:

Población (a 01/01/2016) por tamaño del municipio según Sexo. Castilla y León.

**Cuadro 1.**

Tamaño del municipio	Sexo		
	Varón	Mujer	Total
Capital	487.372	554.118	1.041.490
M. no capital. Menos de 101 hab.	22.303	17.149	39.452
M. no capital. De 101 a 500 hab.	138.439	119.203	257.642
M. no capital. De 501 a 1.000 hab.	81.617	73.529	155.146
M. no capital. De 1.001 a 2.000 hab.	93.109	86.978	180.087
M. no capital. De 2.001 a 5.000 hab.	100.322	97.818	198.140
M. no capital. De 5.001 a 10.000 hab.	123.744	122.996	246.740
M. no capital. De 10.001 a 20.000 hab.	58.072	60.820	118.892
M. no capital. De 20.001 a 50.000 hab.	70.095	73.388	143.483
M. no capital. De 50.001 a 100.000 hab.	31.702	34.745	66.447
M. no capital. De 100.001 a 500.000 hab.	0	0	0
<b>Total</b>	<b>1.206.775</b>	<b>1.240.744</b>	<b>2.447.519</b>

**Fuente: D. G. de Presupuestos y Estadística de la Junta de Castilla y León con datos del INE, "Estadística del Padrón Continuo"**

No cabe duda, en definitiva, de la importancia del mundo rural en Castilla y León desde un punto de vista cuantitativo. Sin embargo, su trascendencia deriva también de la función cultural, la función medioambiental y sobre todo la relativa al mantenimiento de la población, es decir, la función social.

Precisamente ese, el de la población y el de la dispersión, es uno de los retos que se le presentan a Castilla y León, compartidos con otras zonas de España y de Europa<sup>2</sup>, junto con el mantenimiento de los servicios mínimos indispensables en todos y cada uno de los rincones del territorio.

Como fortalezas debemos recordar que contamos con un campo que tiene una actividad económica muy importante, no sólo para la producción, sino también para la

<sup>2</sup> Que se trata de una preocupación general lo demuestra la existencia de un Foro de Regiones Españolas con Desafíos Demográficos (FREDD, en el que participan Castilla y León, Asturias, Aragón, Galicia, Cantabria, La Rioja, Castilla-La Mancha y Extremadura), el dictamen del Comité de las Regiones defendido por el Presidente de la Junta de Castilla y León y aprobado en junio de 2016, y la creación por parte del Gobierno de España del Comisionado del Gobierno para el Reto Demográfico (Real Decreto 40/2017, de 27 de enero, por el que se crea el Comisionado del Gobierno frente al Reto Demográfico y se regula su régimen de funcionamiento (BOE, 24, de 28 de enero de 2017, pp. 6931 a 6933).

transformación de alimentos. La trascendencia para la economía regional de la actividad agrícola y ganadera ha sido señalada por el Informe del “Sector Agrario en Castilla y León 2016”<sup>3</sup>, que nos indica que:

el sector agrario y la industria agroalimentaria, conjuntamente, representan en torno al 9% del VAB y algo más del 11% del empleo y de las exportaciones de Castilla y León. No obstante, el valor que genera el mundo rural no es solo económico y no siempre es tangible. El agro regional desempeña un papel clave y transversal en el mantenimiento del medio ambiente y de la variedad paisajística, al tiempo que los bosques –con amplia presencia en la región y aún infrautilizados– ofrecen un elevado potencial de creación de riqueza y empleo. Asimismo, la producción agroalimentaria, que goza de una indudable competitividad interior y exterior, se ha constituido en un sector estratégico que está llamado a liderar la transferencia de innovación y conocimientos entre las actividades.

Por otra parte, y siguiendo con la enumeración de elementos dinamizadores del medio rural presentes en Castilla y León, y yendo más allá de la agricultura, la ganadería y la agroindustria, este posee un atractivo turístico en auge<sup>4</sup> que la convierte en la Comunidad líder en turismo rural, debido, entre otras cosas, a que en él se alberga gran parte del patrimonio natural<sup>5</sup> y cultural<sup>6</sup> de Castilla y León.

## **2. Factores determinantes de la presencia de la mujer en el mundo rural castellano leonés y su incidencia en las políticas públicas**

La presencia activa de la mujer en el mundo rural es clave para evitar la despoblación, para rejuvenecerlo, para lograr un desarrollo sostenible del medio rural, y en definitiva para reactivar económica y socialmente los pueblos y para adquirir mayores cotas de igualdad de la población rural respecto de la urbana.

---

<sup>3</sup> Publicado por Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, SA. Primera edición digital en Septiembre de 2016.

<sup>4</sup> Según datos del el INE, durante el último años nuestra Comunidad ha acaparado el 19,36% de los viajeros (640.780 de 3.309.398) y el 15,55% de las pernoctaciones (1.420.628 de 9.133.112) de turismo rural en España.

<sup>5</sup> El 8,20 % de la superficie de Castilla y León la constituyen Espacios Naturales Protegidos, de los que contamos con 28.

<sup>6</sup> En Castilla León existen más de 2.200 bienes de interés cultural, 126 conjuntos históricos, 400 museos, más de 500 castillos y una de las mayores concentraciones de arte románico del mundo. Buena parte de todo ello se encuentra en los pueblos de la Comunidad. Para comprobarlo se puede consultar el Visor Geográfico de los bienes culturales de Castilla y León en [www.jcyl.es](http://www.jcyl.es).

Esa presencia de la mujer en este medio está condicionada, tal y como indican Rico González, M. y Gómez García, J.M.<sup>7</sup> por

sus menores posibilidades de encontrar empleo en relación con los varones; la falta de servicios básicos, teniendo en cuenta la mayor dedicación femenina a la hora de realizar ciertas tareas como criar a los hijos y cuidar de los mayores; y la existencia de otro tipo de valores existentes en las ciudades en comparación con los pueblos (mayor independencia, individualismo) que les incita a cambiar de vida con respecto a cómo vivieron sus madres.

De todos esos factores entendemos que el empleo es el más determinante a la hora de considerar la permanencia en el campo. Y la situación de nuestra Comunidad la extraemos del ya citado “Informe del Sector Agrario en Castilla y León 2016”: un 83,5% de los ocupados en el sector agrario de Castilla y León son hombres (56.300 en el promedio de 2015), un porcentaje que ha aumentado en 1,7 puntos respecto al año anterior. Según este trabajo, este aumento se ha debido a que el empleo en el sector ha crecido un 6,5% entre los hombres, mientras que entre las mujeres ha disminuido un 5,3%, hasta las 11.100 ocupadas. En Castilla y León, en el tramo de edad entre 16 a 19 años no hay mujeres ocupadas, y la participación de la mujer es también bastante inferior en el tramo de 20 a 24 años, donde alrededor del 7,5% de los ocupados son mujeres. Los datos, en consecuencia, no son muy halagüeños.

Sin embargo no debe olvidarse que se está produciendo un paulatino proceso de desagrarización gracias al cual las mujeres van diversificado su actividad laboral, dirigiéndola hacia sectores como la artesanía, la agricultura ecológica, la atención a las personas dependientes o la hostelería.

Por otra parte, además de lo laboral, los servicios básicos influyen también a la hora de tomar la decisión de mantener la residencia habitual en el medio rural: sanidad, educación y transporte.

- En este sentido cabe recordar que según el Informe del Sistema Nacional de Salud de 2015<sup>8</sup>, en Castilla y León trabajan 2.343 médicos de familia y 287 pediatras, lo que nos sitúa en el primer puesto de ranking nacional con 1,1 profesionales por cada 1.000

---

<sup>7</sup> Rico González, Margarita y Gómez García, Jesús M<sup>a</sup>. “La contribución de la mujer ...”

<sup>8</sup> Datos obtenidos de Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud 2015* [en línea]. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015, p. 107 y ss.  
<[https://www.msssi.gob.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/tablasEstadisticas/Inf\\_Anual\\_SNS\\_2015.1.pdf](https://www.msssi.gob.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/tablasEstadisticas/Inf_Anual_SNS_2015.1.pdf)> [24 marzo 2017].

habitantes. Además la Comunidad cuenta con 2.640 profesionales de enfermería, que supone una ratio de 0,9 por cada 1.000 habitantes, situándonos de nuevo en primera posición nacional.

Y en este mismo campo sanitario, el siguiente cuadro, obtenido del Informe citado, y relativo a número de centros de salud y consultorios locales es revelador de la posición de Castilla y León:

**Cuadro 2.**

**Tabla 2-12 Número de centros de salud y consultorios locales de atención primaria del SNS, ratio de CL/CS y tasa de CS más CL por 100.000 habitantes según comunidad autónoma, 2015**

	Centro de salud	Consultorio local	Total	Ratio CL/CS	Tasa CS+CL por 100.000 hab.
Andalucía	403	1.115	1.518	2,8	18,1
Aragón	118	870	988	7,4	74,5
Asturias	69	150	219	2,2	20,9
Baleares	58	101	159	1,7	14,1
Canarias	108	155	263	1,4	12,4
Cantabria	42	103	145	2,5	24,8
Castilla y León	247	3.655	3.902	14,8	167,4
Castilla-La Mancha	201	1.113	1.314	5,5	63,7
Cataluña	420	829	1.249	2,0	16,9
C. Valenciana	276	559	835	2,0	16,9
Extremadura	109	417	526	3,8	48,2
Galicia	395	74	469	0,2	17,1
Madrid	262	161	423	0,6	6,6
Murcia	83	185	268	2,2	18,3
Navarra	57	245	302	4,3	47,4
Pais Vasco	148	175	323	1,2	14,9
La Rioja	20	174	194	8,7	61,9
Ceuta y Melilla	7	0	7	0,0	4,1
SNS	3.023	10.081	13.104	3,3	28,2

Fuente: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Sistema de Información de Atención Primaria (SIAP). Instituto Nacional de Estadística. Cifras de Población residente a 1 de enero de 2015.

- En el ámbito educativo, hay que señalar que uno de cada tres centros de la región es una escuela rural y la ratio llega hasta los cuatro estudiantes por docente. Este es uno de los factores que los especialistas señalan como clave del éxito educativo de Castilla y León en el informe PISA, en el que nuestra Comunidad ocupa año tras año los puestos de cabeza.
- Las comunicaciones entre las diversas zonas del territorio también son decisivas para lograr el asentamiento personal y familiar en el mundo rural. El “transporte a la demanda” es la herramienta que la Administración autonómica ha puesto en marcha en 105 zonas que abarcan 810 rutas, que llegan a 3.558 núcleos de población. Su funcionalidad consiste en que “el servicio se planifica porque el usuario ha

interactuado con la Administración y el operador para hacerle llegar sus necesidades de transporte, todo ello a través de métodos telefónicos y telemáticos. Es decir, el servicio no se establece a no ser que haya una demanda previa del mismo<sup>9</sup>”.

### 3. Preocupación institucional sobre la materia

La Unión europea lleva ya más de dos décadas impulsando políticas y normas en la materia que nos ocupa. Hoy en día la acción comunitaria en materia de igualdad de oportunidades, de carácter transversal, llega a todos los sectores y la convierten en un objetivo prioritario, en ámbitos tan importantes como la Política Agrícola Comunitaria, sin olvidar aspectos tradicionales como el acceso al empleo, las condiciones de trabajo y la retribución.

Del mismo modo, esa preocupación está presente en todas las políticas nacionales, y por supuesto, en las principales normas e iniciativas del ámbito autonómico.

#### 3.1. Normas y actuaciones comunitarias

- En 2010, la Comisión Europea adoptó la Carta de la Mujer<sup>10</sup>, en la que reitera y refuerza su compromiso incorporar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, de forma transversal, en todas sus políticas bajo los principios de igual independencia económica, igualdad de salario y trabajo de igual valor, igualdad en la toma de decisiones, dignidad, integridad y fin a la violencia sexista, e igualdad más allá de la Unión.
- En mayo de 2011, el Consejo de la Unión Europea, reafirmó su compromiso de cumplir los objetivos de la Unión Europea en materia de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y adoptó un segundo Pacto Europeo por la

---

<sup>9</sup> Información obtenida de la página web de la Junta de Castilla y León. <<http://www.carreterasymtransportes.jcyl.es/web/jcyl/CarreterasTransportes/es/Plantilla100/1284349958366//>> [24 marzo 2017]

<sup>10</sup> Comisión Europea. *Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres Una Carta de la Mujer Declaración de la Comisión Europea con motivo del Día Internacional de la Mujer 2010 en conmemoración del 15º aniversario de la adopción de la Declaración y la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Pekín, y del 30º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.* Bruselas: Comisión Europea, 2010 <[http://www.upm.es/sfs/Rectorado/Gerencia/Igualdad/Documentos/Comunicacion\\_%20de\\_la\\_%20Comisi%C3%B3n\\_%20Una\\_%20Carta%20de\\_%20la\\_%20Mujer.pdf](http://www.upm.es/sfs/Rectorado/Gerencia/Igualdad/Documentos/Comunicacion_%20de_la_%20Comisi%C3%B3n_%20Una_%20Carta%20de_%20la_%20Mujer.pdf)> [24 marzo 2017]

Igualdad de Género (2011-2020)<sup>11</sup> en el que reconoce que la igualdad entre mujeres y hombres constituye un valor fundamental de la Unión Europea y que las políticas de igualdad de género son vitales para el crecimiento económico, la prosperidad y la competitividad.

- Más recientemente, el Compromiso estratégico de la Comisión Europea para la igualdad de género 2016-2019, supone un marco global con el que la Comisión Europea se compromete a promover la igualdad de género en todas sus políticas.

### **3.2. Normas y actuaciones nacionales**

- La Constitución Española de 1978 en su artículo 14 establece que la población española es igual ante la ley, “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. El artículo 9.2 señala que es a los poderes públicos a quienes corresponde “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.
- La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras<sup>12</sup> supone una adaptación de la normativa española a las directrices marcadas por la legislación internacional y comunitaria en materia de reparto de responsabilidades familiares y laborales entre hombres y mujeres.
- La Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno<sup>13</sup> va a implicar la obligatoriedad de valorar el impacto de género en cada una de las decisiones políticas y actuaciones públicas.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>14</sup> es una ley de aplicación horizontal a todas las políticas públicas de

---

<sup>11</sup> DOC 155 de 25-5-2011, pp.10-13.

<sup>12</sup> BOE, 266, de 6 de noviembre de 1999, pp. 38934 - 38942.

<sup>13</sup> BOE, 246, de 14 de octubre de 2003, pp. 36770 - 36771.

<sup>14</sup> BOE, 71, de 23 de marzo de 2007, pp. 12611 - 12645.

cualquier ámbito territorial. En su artículo 30 se refiere al desarrollo rural, estableciendo algunas medidas para promover la incorporación plena de las mujeres en la sociedad rural como por ejemplo: el desarrollo de la figura jurídica de la titularidad compartida, la promoción de acciones que fomenten la mejora del nivel educativo y de formación de las mujeres, y especialmente las que favorezcan su incorporación al mercado laboral y a los puestos de responsabilidad de empresas y asociaciones, el fomento de nuevas actividades laborales que favorezcan el trabajo de las mujeres en el mundo rural o el desarrollo de una red de servicios sociales para atender a personas dependientes, menores y mayores, como medida de conciliación de la vida laboral, familiar y personal de hombres y mujeres en mundo rural.

- La Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el Desarrollo sostenible del medio rural<sup>15</sup>, busca mejorar la situación socioeconómica de las poblaciones de las zonas rurales y el acceso a unos servicios públicos suficientes y de calidad, con acciones y medidas multisectoriales y otorgando atención especial a las mujeres y a los jóvenes.
- La Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias<sup>16</sup> ha resultado esencial a la hora de mejorar la participación de las mujeres en las organizaciones agrarias y hacer visible su trabajo en las explotaciones. Uno de los avances de esta norma ha sido que hace posible la gestión sobre la explotación, el reparto de rendimientos al 50%, la consideración de ambos titulares como beneficiarios directos de las ayudas y subvenciones que les corresponda por la explotación.
- El Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016 que presta especial atención a las mujeres del medio rural. En su texto se dice expresamente que

es necesario mejorar las condiciones de vida y de trabajo en las zonas rurales para garantizar su permanencia y supervivencia, pero, de manera particular, es necesario hacerlo atendiendo a la particular situación que viven las mujeres del medio rural, ya que éstas enfrentan obstáculos específicos que limitan el desarrollo de sus expectativas laborales, sociales y económicas.
- El Plan para la Promoción de las Mujeres del Medio Rural 2015-2018 incorpora 82 acciones agrupadas por ámbitos generales de actividad, como son los relacionados con

---

<sup>15</sup> BOE, 299, de 14/12/2007.

<sup>16</sup> BOE, 240, de 5 de octubre de 2011, pp. 104642 - 104655.

la economía, el empleo y el emprendimiento; la participación de mujeres rurales en la toma de decisiones; la conciliación y la corresponsabilidad de la vida familiar, laboral y personal; la incorporación de la igualdad de oportunidades en el diseño de las políticas de fomento del medio rural; y el impulso del conocimiento sobre la situación de las mujeres del medio rural.

### **3.3. Normas y políticas públicas en Castilla y León**

#### **3.3.1. Estatuto de autonomía**

- El artículo 8.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León<sup>17</sup> reitera el mandato del artículo 9.2 de la Constitución, y lo dirige a los poderes públicos de Castilla y León. De su lectura se deduce un fuerte compromiso con la promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y en la lucha contra la violencia de género. Así, el artículo 14 recoge el derecho a la no discriminación por razón de género, estableciendo que los poderes públicos de Castilla y León  
garantizarán la transversalidad del principio de igualdad de género en todas sus políticas, promoviendo acciones positivas para lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sobre todo en los ámbitos educativo, económico, laboral, en la vida pública, en el medio rural, en relación con la salud y colectivos de mujeres en situación de necesidad especial, particularmente las víctimas de violencia de género.

#### **3.3.2. Normativa y planes en materia de igualdad de oportunidades y contra la violencia de género**

- La Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León<sup>18</sup> persigue, entre otros objetivos y circunscribiéndonos al ámbito del presente trabajo, impulsar de forma específica la promoción económica, social y cultural de las mujeres del ámbito rural, para lo cual incorpora un amplio elenco de medidas concretas en su artículo 20:  
Medidas de acción positiva para la promoción de las mujeres del ámbito rural. Las Administraciones Públicas de la Comunidad de Castilla y León, en su ámbito de competencias, promoverán acciones positivas a favor de las mujeres del ámbito rural dirigidas a conseguir los siguientes objetivos:

<sup>17</sup> Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. (BOE, 288, de 01 de diciembre de 2007).

<sup>18</sup> BOCyL, 46, de 7 marzo 2003.

1. Conocer la situación real de la mujer en el ámbito rural a través de un observatorio permanente.
  2. Valorar y visibilizar el trabajo de la mujer en la explotación familiar agraria.
  3. Incidir sobre la importancia de la corresponsabilidad en el ámbito familiar.
  4. Alentar el asociacionismo de las mujeres del ámbito rural.
  5. Promover el acceso de las mujeres del ámbito rural a puestos de decisión política, profesional y sindical.
  6. Formar y prestar asistencia técnica a las mujeres del ámbito rural para facilitar su acceso a las nuevas tecnologías y a la gestión de empresas en sectores con futuro.
  7. Promover el acceso al autoempleo y al empleo de las mujeres del ámbito rural.
  8. Promocionar en ferias y exposiciones las empresas gestionadas por mujeres del ámbito rural.
  9. Apoyar la comercialización de productos y servicios realizados por mujeres del ámbito rural.
  10. Promover el acceso al ocio, cultura y deporte de la mujer en el mundo rural.
  11. Acercar al medio rural información sobre programas dirigidos a las mujeres promoviendo su participación.
- La Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la Violencia de Género en Castilla y León<sup>19</sup> tiene presente la mayor vulnerabilidad de la mujer rural como consecuencia de las dificultades de acceso a los recursos disponibles hasta llegar a regular, en el artículo 37 que “las mujeres víctimas de violencia de género del medio rural tendrán una atención específica para facilitar su acceso a los recursos previstos en la presente Ley”.
  - El vigente Plan para la Igualdad de Oportunidades y Contra la Violencia de Género en Castilla y León 2013-2018<sup>20</sup>. Plan en el que se tienen presentes también las particularidades de la mujer en el mundo rural en algunas de sus medidas:
    - Adaptar el acceso a la información, los servicios y los recursos a las circunstancias específicas de las mujeres de Castilla y León, poniendo especial atención en aquellas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad como mujeres con discapacidad, inmigrantes o mayores sin apoyo familiar que viven en el medio rural.
    - Formar agentes de prevención de la violencia de género en el medio rural que desarrollarán actuaciones de detección e información de recursos en materia de violencia de género.

<sup>19</sup> BOCyL , 243, de 20 de diciembre de 2010.

<sup>20</sup> BOCyL, 94, de 20 de mayo de 2013.

- Adoptar medidas de acción positiva que favorezcan el acceso de las mujeres a la titularidad o cotitularidad de las explotaciones familiares agrarias.
- Promocionar, desarrollar y difundir el registro de titularidad compartida de explotaciones agrarias.
- Apoyar a la instalación de mujeres en la actividad agraria ya sea a tiempo parcial o en explotaciones de titularidad compartida.
- Impulsar el movimiento cooperativo y otras formas de asociacionismo de agricultoras y ganaderas en el medio rural.
- Difundir experiencias innovadoras especialmente en sectores con potencial de empleo gestionados por mujeres en el ámbito rural.
- Difundir las actividades que consoliden y dinamicen la participación de las mujeres en el comercio rural.

### **3.3.3. Normativas y planes sectoriales: agricultura y ganadería**

- La normativa más destacable en esta materia no la encontramos en normas y planes de igualdad, sino en la regulación sectorial de la actividad agraria. Así, la Ley Agraria de Castilla y León de 2014<sup>21</sup> persigue entre otros objetivos, y tal y como se expresa en su exposición de motivos “favorecer la incorporación, igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y el reconocimiento y la promoción de la participación de la mujer en el sector agrario”. Y ciertamente este propósito está presente a lo largo de todo el articulado de la Ley. Vemos algunos ejemplos:
  - El artículo 10 regula las actuaciones dirigidas a la participación de la mujer en el marco de las explotaciones agrarias.
  - El artículo regula la incorporación de las mujeres al empleo y el autoempleo en el medio rural y en el sector agroalimentario.
  - El artículo 22 reconoce como actividades prioritarias “el reconocimiento de las mujeres como titulares de explotaciones agrarias, a través de la titularidad compartida y el desarrollo de medidas de apoyo a su instalación en la actividad agraria”. Y también “el establecimiento de personas titulares de explotación profesionales y a título principal, apoyando especialmente el establecimiento de las mujeres y el de los jóvenes como titulares”.
  - El artículo 69, al regular la financiación de las infraestructuras agrarias de titularidad privada prevé medidas de fomento de las mismas, para lo cual, “se

<sup>21</sup> Ley 1/2014, de 19 de marzo, Agraria de Castilla y León. BOCyL, 55, de 20 de marzo de 2014.

deberá dar prioridad a los jóvenes, a las mujeres y a los agricultores y ganaderos profesionales”.

- En el artículo 80, uno de los fines a los que se prevé que se destine el Fondo de Tierras Disponibles es “promover el reconocimiento profesional, en igualdad de condiciones, de las mujeres en el sector agrario”.
- En esa misma línea, el Plan de Desarrollo Rural de Castilla y León 2014-2020<sup>22</sup>, incorpora medidas dirigidas a las mujeres y enfocadas al emprendimiento y a la modernización de las explotaciones.
- En consonancia con todo lo anterior, el 25 de agosto de 2016 la Junta de Castilla y León aprobó las Directrices para la Promoción de la Mujer en los sectores agrario y agroindustrial de la Comunidad de Castilla y León<sup>23</sup>. Estas directrices pretenden inspirar la política agraria de la Comunidad y cuentan como elemento positivo la participación de un grupo representativo de mujeres que viven en el medio rural.

La consecución de la promoción de la mujer en el medio rural genera sinergias positivas con los fines estratégicos de otras políticas de la Comunidad como son la política de población; la política de empleabilidad del capital humano de esta Comunidad; y la política de igualdad.

Se trata de 68 directrices de discriminación positiva agrupadas en cinco áreas prioritarias de los sectores agrario y agroindustrial.

1. Área del sector agrario. Se incluyen directrices relativas al emprendimiento de la mujer en el sector agrario, a la mujer rural titular de una explotación agraria, y a la instalación de jóvenes agricultoras.
2. Área del sector agroindustrial. Se plantean directrices como considerar criterio prioritario de selección en la línea de ayuda a las inversiones en la industria agroalimentaria los proyectos empresariales con compromiso de empleo femenino. Y también considerar criterio prioritario de selección en la convocatoria para proyectos

---

<sup>22</sup> Junta de Castilla y León. Agricultura y Ganadería de Castilla y León. *Programa de Desarrollo Rural de Castilla y León 2014-2020* [en línea] <<http://www.agriculturaganaderia.jcyl.es/web/jcyl/AgriculturaGanaderia/es/Plantilla100/1284319661743/...>> [25 marzo 2017]

<sup>23</sup> Acuerdo 49/2016, de 25 de agosto, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban las Directrices para la promoción de la mujer en los sectores agrario y agroindustrial de la Comunidad de Castilla y León. BOCyL, 166, de 29 de agosto de 2016.

agroindustriales dirigidos a través del instrumento financiero del FEADER, los proyectos empresariales con compromiso de empleo femenino.

3. Área de diversificación de actividades en el medio rural. Se incorporan directrices que obligan a incorporar la perspectiva de género en la planificación de las estrategias de diversificación rural. También para la promoción del equilibrio en la presencia de mujeres y hombres en puestos de responsabilidad en los Grupos de Acción Local, que gestionan los fondos Leader.

4. Área de conocimiento de la situación de la mujer. Son directrices que impulsan el análisis de la actividad de la mujer en el medio rural y su participación en la orientación de la política agraria.

5. Área de otras actuaciones de fomento. Pretende la discriminación positiva de la mujer en otras actuaciones que se desarrollen en materia agroalimentaria que no estén presentes en las anteriores directrices.

#### **3.3.4. Actuaciones en relación con el empleo y el emprendimiento**

- Además de las Directrices, la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, a través de los programas “CERES”, facilitan la formación de personas del mundo rural sobre conocimientos digitales, uso de las nuevas tecnologías y la confianza en la Red.
- A mayores, las Consejerías de Familia y Educación participan en el «Programa ADA: formación en TIC en el ámbito educativo», con la finalidad de promocionar el interés de niñas y mujeres en las nuevas tecnologías.
- Por otra parte, la necesidad de prestar servicios a la población rural ha generado un nuevo yacimiento de empleo, especialmente en lo que se refiere a la atención a personas dependientes.

#### **3.3.5. Actuaciones en materia de conciliación de la vida laboral y familiar**

Otro de los aspectos esenciales de las políticas públicas es la conciliación de la vida familiar, esencial para facilitar la tarea de la mujer rural como emprendedoras o trabajadoras y para fomentar su participación social y empresarial.

- En este campo destaca el programa “Crecemos”<sup>24</sup>, diseñado para facilitar la conciliación en pueblos pequeños a través de centros infantiles. Este programa ha puesto en marcha 232 centros y más de 3.000 plazas, generando más de 300 empleos en el medio rural. En el marco de los Acuerdos del Diálogo Social<sup>25</sup> el programa Crecemos se ha ampliado en 16 centros.
- En este mismo campo de la conciliación, gracias a la colaboración con la Federación de la Mujer Rural, se cuenta con una “Guía de corresponsabilidad en el medio rural de Castilla y León”, con la finalidad de sensibilizar a las personas en el reparto de las responsabilidades domésticas y familiares.
- Por último, y derivado de los acuerdos de la Mesa del Diálogo Social, surge el Plan de Igualdad y Conciliación en el Trabajo<sup>26</sup>, y en ese contexto se están creando incentivos a la contratación de agentes de igualdad por las entidades locales de más de 20.000 habitantes, cofinanciados entre la Junta de Castilla y León y las entidades locales.

### Referencias Bibliográficas

BOCyL, 46, de 7 marzo 2003

BOCyL, 243, de 20 de diciembre de 2010

BOCyL, 94, de 20 de mayo de 2013

BOCyL, 55, de 20 de marzo de 2014

BOCyL, 166, de 29 de agosto de 2016

BOE, 266, de 6 de noviembre de 1999

BOE, 246, de 14 de octubre de 2003

BOE, 71, de 23 de marzo de 2007

BOE, 288, de 1 de diciembre de 2007

BOE, 299, de 14 de diciembre de 2007

---

<sup>24</sup> La explicación y la extensión del Programa Crecemos está en: Junta de Castilla y León. Familia, drogodependencias y mujer. Programa “Crecemos” [en línea]. <<http://www.jcyl.es/web/jcyl/Familia/es/Plantilla100/1131977310644/>> [28 marzo 2017].

<sup>25</sup> Todos los acuerdos del Diálogo Social se pueden consultar en el siguiente enlace: Junta de Castilla y León. Acuerdos posteriores a 2008 [en línea]. <<http://www.dialogosocial.jcyl.es/web/jcyl/DialogoSocial/es/Plantilla100/1284593632261/>> [28 marzo 2017].

<sup>26</sup> Este Plan puede ser consultado en el siguiente enlace: Junta de Castilla y León. Economía en Castilla y León. Plan de igualdad y conciliación [en línea] <[http://www.economia.jcyl.es/web/jcyl/Economia/es/Plantilla100Detalle/1284250105595/\\_/1284528026203/Comunicacion](http://www.economia.jcyl.es/web/jcyl/Economia/es/Plantilla100Detalle/1284250105595/_/1284528026203/Comunicacion)> [28 marzo 2017].

BOE, 240, de 5 de octubre de 2011

BOE, 24, de 28 de enero de 2017

Comisión Europea. *Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres Una Carta de la Mujer Declaración de la Comisión Europea con motivo del Día Internacional de la Mujer 2010 en conmemoración del 15º aniversario de la adopción de la Declaración y la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Pekín, y del 30º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Bruselas: Comisión Europea, 2010  
<<http://www.upm.es/sfs/Rectorado/Gerencia/Igualdad/Documentos/Comunicacion%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Una%20Carta%20de%20la%20Mujer.pdf>> [24 marzo 2017]

Junta de Castilla y León. *Acuerdos posteriores a 2008* [en línea].  
<<http://www.dialogosocial.jcyl.es/web/jcyl/DialogoSocial/es/Plantilla100/1284593632261/ / / >> [28 marzo 2017]

Junta de Castilla y León. Agricultura y Ganadería de Castilla y León. *Programa de Desarrollo Rural de Castilla y León 2014-2020* [en línea]  
<<http://www.agriculturaganaderia.jcyl.es/web/jcyl/AgriculturaGanaderia/es/Plantilla100/1284319661743/ / / >> [25 marzo 2017]

Junta de Castilla y León. Economía en Castilla y León. *Plan de igualdad y conciliación* [en línea]  
<<http://www.economia.jcyl.es/web/jcyl/Economia/es/Plantilla100Detalle/1284250105595/ / 1284528026203/Comunicacion>> [28 marzo 2017]

Junta de Castilla y León. Familia, drogodependencias y mujer. *Programa "Creceamos"* [en línea].  
<<http://www.jcyl.es/web/jcyl/Familia/es/Plantilla100/1131977310644/ / / >>  
[28 marzo 2017]

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud 2015* [en línea]. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015, p. 107 y ss.  
<[https://www.msssi.gob.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/tablasEstadisticas/Inf\\_Anuar\\_SNS\\_2015.1.pdf](https://www.msssi.gob.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/tablasEstadisticas/Inf_Anuar_SNS_2015.1.pdf)> [24 marzo 2017]

Rico González, Margarita y Gómez García, Jesús M<sup>a</sup>. "La contribución de la mujer en la economía rural de Castilla y León". *Economía Agraria y Recursos Naturales*. Vol. 9, 2. (2009). pp. 51-77

*VIII.1. VIOLENCIA DE GÉNERO  
VERSUS IGUALDAD*



# POLÍTICAS PÚBLICAS PARA UMA RESPOSTA INTEGRAL CONTRA A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

## PUBLIC POLICYS FOR A INTEGRAL ANSWER AGAINST GENDER VIOLENCE

Lais Locatelli

**Resumo:** A chaga da violência de gênero é mundial, assim como sua etiologia patriarcal. Atualmente desperta esperança que tanto a Espanha como o Brasil estejam desenvolvendo políticas para a erradicação dessa chaga, mas nem a intensidade de tais medidas são uniformes no tempo, nem os resultados são iguais em seus territórios. Na Espanha e no Brasil as semelhantes leis coexistem com números muito diferentes de violência contra as mulheres, presente em ambos países, mas notoriamente mais intensa no Brasil – as variações normativas e as variações de administração pública para combater a violência de gênero, inegáveis, nos remetem as causas locais de política e normas.

**Palavras chave:** Violência – Gênero – Política Pública – Direitos Humanos – Igualdade

**Abstract:** The scourge of gender violence is worldwide as are its patriarchal roots. Its different gradations and different manifestations therefore correspond with the differences of the level and nature of domination by the patriarchy. Currently it is promising that a growing number of countries are passing laws and developing policies to eradicate this scourge, but the intensity of these measures does not remain even over time and the results are not the same in different locations. In Spain and Brazil, where similar laws coexist with very different rates of violence against women, which although present in both countries, is notoriously more intense in Brazil - the undeniable normative variations and the variations in the actions by public administrations to combat gender violence refer us to the local causality of policy and regulation.

**Key words:** Violence – Gender – Public Policy – Human Rights – Equality.

É como amar uma mulher só linda  
E daí? Uma mulher tem que ter  
Qualquer coisa além de beleza  
Qualquer coisa de triste  
Qualquer coisa que chora  
Qualquer coisa que sente saudade  
Um molejo de amor machucado  
Uma beleza que vem da tristeza  
De se saber mulher  
Feita apenas para amar  
Para sofrer pelo seu amor  
E pra ser só perdão<sup>1</sup>.

A violência contra a mulher<sup>2</sup> é um dos mais graves problemas a ser enfrentado pela sociedade contemporânea. É uma forma de violência que, no campo fático, transpassa

---

<sup>1</sup> Vinícius de Moraes.

fronteiras e, na esfera jurídica, viola princípios e leis. Essa violência não é produto exclusivo de uma época, cultura ou classe social. Ao contrário, é atemporal e ocorre diariamente, atingindo milhares de mulheres, apesar da existência de mecanismos de proteção posto pelo direito e de políticas públicas elaboradas pelo Brasil e pela Espanha para estancar o problema. É um tema que, além ser pertinente, é necessário (as pesquisas confirmam que o número de mulheres que vivem ou viveram em situação de violência é abrumador) e representa um problema que se infiltra em todos os níveis, moldando a dinâmica das vidas, das relações e dos Estados.

Dentro dos limites de fronteiras de cada Estado são delimitados diferentes níveis de proteção, reconhecimento e respeito aos seres que vivem em seus territórios. Os direitos dentro dos Estados, alguns mais que outros, nem sempre alcançam um mínimo do que se poderia entender como digno, surgindo a necessidade, sempre urgente, de pautar direitos que sejam supranacionais. Isso porque são violados sistematica e repetidamente, ontem e hoje, em pequenos atos ou grandes guerras, demandando um olhar que ultrapassa qualquer limite de fronteiras e de sistema legal interno: um olhar transnacional que permite entender todos os aspectos que envolvem o tema de fora e de dentro dos Estados.

O direito internacional trata justamente de positivar e fazer valer, legalmente, os Direitos Humanos tão necessários e urgentes de forma supranacional, ou seja, independente da legislação interna dos Estados “a pesar del Estado-nación y que, con sus actividades transnacionales, desafían la soberanía del Estado y la hegemonía de las fronteras e ideologías nacionales”<sup>3</sup>. Como bem questiona Miller, “si las fronteras nacionales pocas veces restringieron el movimiento de productos y personas de forma definitiva, ¿cómo, entonces, sería posible afirmar que lo has hecho con las ideas, que supuestamente flotan libremente?”<sup>4</sup>.

Ademais das normas, nacionais ou transnacionais, das políticas e seus interesses, não se pode perder de vista que, ao falar de violência de gênero, fala-se de vidas com nomes e sentimentos; de pessoas reais, de seres humanos que são os agentes que escrevem a história, as leis, as políticas, as notícias, as sentenças; que dão

---

<sup>2</sup> Apesar do conceito de violência de gênero ser mais claro acerca do que se propõe, quando se fala em violência contra as mulheres considera-se que esta expressão identifica e sinaliza a idéia da violência ser dirigida à mulher pelo simples fato ser mulher.

<sup>3</sup> Peyrou, Florencia; Martykánová, Darina. “Presentación”. *Ayer - Revista de Historia Contemporánea*, 2014, 94, p.13.

<sup>4</sup> Miller, Nicholas. “Espacios de pensamiento: historia transnacional, historia intelectual y la Ilustración”. *Ayer - Revista de Historia Contemporánea*, 2014, 94, p. 110.

significado às relações, que determinam comportamentos culturais, que impulsionam a construção e a desconstrução de estereótipos.

Díaz Freire<sup>5</sup> apresenta que o interesse pelas emoções, (porque las emociones son, como decía Gordon Bower, una manera de dar significado a la vida”) poderia reanimar a imagem “robótica” dos seres humanos. Pode-se recriar essa imagem nos dados e estatísticas, nos quais as mulheres parecem não ser mais que números, sem nome, sem história, sem emoção; mulheres que vivem no terror e no medo dentro das suas casas, mulheres que deixaram de viver no terror e no medo e vivem agora nas suas covas; e de mulheres que tiveram a coragem e a esperança e, com ajuda das ferramentas elaboradas por políticas públicas, especialmente derivadas da transnacionalidade dos Direitos Humanos das Mulheres, puderam ter suas vidas restauradas.

A grande transição da violência de gênero como algo íntimo, privado, calado, secreto, como uma questão de honra, de função social da mulher, de sacrifício por amor e pela família, para ser considerado algo inaceitável, punível, público, um problema social, pode partir do pressuposto que as mais diversas mudanças, que foram e que estão sendo realizadas, são a resposta “de la tensión entre el sufrimiento emocional y la aspiración a la libertad del individuo”<sup>6</sup> e, também, da aspiração de igualdade entre os indivíduos.

Os largos passos que foram dados nas últimas décadas para que o medo pudesse ser substituído pela esperança, continuam sendo caminhados na mesma direção: consolidar todos os Direitos Humanos. Pela via de um sistema global e dos sistemas regionais foi elaborada uma base de direito internacional que, pelo comprometimento dos Estados, com a assinatura de Tratados, deveria ser aplicado dentro dos ordenamentos jurídicos nacionais, mas não só: deveriam ser efetivados. Nesse contexto, os Direitos Humanos das Mulheres, pela primeira vez na história reconhecidos e positivados, possibilitaram que a violência de gênero e a desigualdade saltassem da sombra da intimidade e do silêncio para a luz, para as Constituições, para as Leis, para as políticas públicas, para os movimentos de mulheres, para a imprensa, enfim, para o mundo.

Para que tais Direitos Humanos passem a existir, de fato, é necessário consolidar a igualdade entre homens e mulheres e combater a violência de gênero, a

---

<sup>5</sup> Díaz Freire, José Javier. “Presentación”. *Ayer - Revista de Historia Contemporánea*, 2015, 98, p. 13.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 18.

violência que mata e maltrata a mulher pelo simples fato de ser mulher. Para consolidar a mudança legal e social necessária, os Estados tiveram que, em primeiro lugar, consagrar no ordenamento jurídico interno os Direitos Humanos.

O grandioso trabalho que é consagrar, globalmente, os Direitos Humanos tem a intenção de estabelecer um mínimo denominador comum no cenário internacional – considerando que desde o Congresso de Viena, de 1993, os Direitos Humanos são considerados, globalmente, indivisíveis e interdependentes, apesar da Organização das Nações Unidas permitir que os Estados se comprometam com alguns direitos em separado e com outros não. No que toca aos Direitos Humanos das Mulheres, especialmente quanto à violência contra a mulher, os Estados tiveram que elaborar legislações específicas – decorrente de uma grande lacuna legal que as deixavam à mercê de conceitos “morais” como “defesa da honra” e “mulher honesta”. Nasceram, então, a Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género e a Lei Maria da Penha, dois anos mais tarde, na Espanha e no Brasil, respectivamente.

Com a promulgação dessas leis passaram a ser crimes diferentes tipos de violência contra a mulher: física, de cárcere privado, sexual, emocional/psicológica, verbal, patrimonial e moral. Passaram a não mais existir justificativas para nenhum homem cometer tais crimes: já não são mais direitos do tortuoso entendimento “legítima defesa da honra”. Passaram a ser considerados condutas criminosas, decorrentes da desigualdade, que podem e são agravadas por outras circunstâncias, mas que encontravam no subjulgamento da mulher a razão para acontecer de forma tolerada pela sociedade em geral.

Também foi dado nome ao que nem era reconhecido como violência: o que era mudo passou a ter voz e direitos, no papel, que pouco a pouco, apesar de imensa pressa, se efetivam e viram realidade, mudando toda a dinâmica social. De uma geração para outra, a mulher deixou de ser uma “pessoa propriedade” para ter dignidade humana, ser detentora de direitos igualitários e está em vias de deixar de ter a função social esterotipada pelo patriarcado.

Nesse quadro, o sistema normativo de proteção dos Direitos Humanos das Mulheres – fundado no valor da primazia da pessoa humana – concomitantemente com os sistemas nacionais, busca proporcionar a maior efetividade possível na proteção da mulher e na consolidação da igualdade. Toda esta “sinfonía” tem como regente os princípios que orientam e dão base a elaboração das políticas públicas e revelam as

intenções e os caminhos que estão sendo utilizados, e os que não estão sendo levados em consideração pelos Estados. Os princípios que regem a elaboração dos planos de governo nas questões referentes a violência de gênero são as principais veias que conduzem as intenções políticas do Brasil e da Espanha e apresentam elementos fundamentais para erradicar este grande problema. Trata-se de políticas públicas e ferramentas que têm o objetivo, o horizonte, de erradicar a violência de gênero mas não só: visam a dar autonomia, proteção, profissionais capacitados para um atendimento integral, etc. Somente por este caminho é possível consolidar os Direitos Humanos das Mulheres, devolvendo e mantendo a esperança das mulheres e dos seus filhos e filhas, que direta ou indiretamente sofreram, sofrem ou que correm o risco de sofrer com a violência de gênero.

Neste sentido e pensando na violência de gênero como um problema social e preocupados com as estatísticas alarmantes, os governos ficam frente a frente com a real necessidade de contínuo trabalho de elaboração e consolidação de políticas públicas para a minimização dos efeitos avassaladores que essa violência acarreta. E é através de políticas direcionadas para a prevenção, reeducação, proteção para as mulheres e, se for o caso, sanção para os agressores, tudo fundamentado em princípios, que embasam e dão o norte para que esse trabalho seja realizado.

Para consolidar tais leis, os Estados precisam implementar, ampliar e otimizar uma série de políticas públicas para dar uma resposta integral contra a violência de gênero, o que não é um simples caminho, demanda comprometimento, verba orçamentária, persistência e unidade de interesse político capaz de colocar em marcha todos os motores para se chegar a resultados palpáveis.

As metas legislativas e políticas dos Estados para essa questão encontram diferentes percalços. O jogo político, que envolve diferentes agentes e situações, bem como distintos interesses, podem macular as intenções, tanto internacionais como nacionais. Especialmente porque existe uma cultura que parece mostrar somente a ponta do *iceberg* em questão de igualdade de gênero: a grande massa que está por baixo deste ponto visível é maior do que se pode imaginar e o patriarcado, sem dúvida, faz parte dela. Sobre a metáfora do *iceberg* Cantera Espinosa escreve o seguinte:

En los últimos tiempos, numerosas víctimas de la violencia en la pareja van “saliendo a la luz”, porque empiezan a creer que pueden llegar a ser escuchadas y atendidas. Este nuevo panorama representa una especie de “cambio climático” de un importante impacto social. Gracia usa la metáfora freudiana del *iceberg* para expresar un doble

significado: que las aguas gélidas del tradicionalismo cultural (patriarcal) constituyen el entorno ecológico adecuado para la “invisibilidad” de la “violencia familiar” y que un cambio en el clima ideológico que comporte un calentamiento significativo de las aguas de la conciencia social y de la opinión pública es la condición indispensable para un cambio social orientado a diluir la magnitud del problema oculto de esta violencia<sup>7</sup>.

Sobre o patriarcado bem escreve Martínez Quinteiro:

A lo largo de la Historia, el patriarcado, entendiendo por tal el duradero y extendido sistema dirigido a asegurar la dominación de las mujeres por los varones, capaz de acomodarse a momentos, culturas e ideologías muy distintas, experimentará avances y retrocesos no lineales, mostrando coyunturales o prolongadas variaciones de grado<sup>8</sup>.

Os retrocessos que pontualiza Martínez Quintero podem ser vistos a olho nu dentro dos atuais sistemas políticos da Espanha e, especialmente, do Brasil que, infelizmente, se curva a negociatas políticas nebulosas, inclusive com grupos e bancadas parlamentares religiosas e com a Santa Sé.

Ademais, o emaranhado político que se forma entre trocas de governos e dentro dos governos nem sempre é claro e bem intencionado como deveria. Encontra-se, muitas vezes, uma maquinária que utiliza a estrutura estatal como se fosse uma coisa e não a vida de milhões de pessoas. Os sentimentos de medo e de esperança parecem bailar em um vai e vem, em uma montanha russa, em uma dança política que quem pode mais acaba decidindo destinos.

Outro ponto de extrema importancia se refere aos recursos orçamentários, foco de severas críticas quanto aos recortes, tanto na Espanha como no Brasil – o que de fato macula as intenções das políticas públicas elaboradas. Há que estar atento ao que os Estados prometem e se comprometem e ao que, de fato, aplicam e consolidam, o que demanda verbas, tanto para recursos humanos como para os recursos físicos.

Importa salientar que o grave e agudo problema da desigualdade de gênero e, a partir dele, da violência contra a mulher, demanda não somente políticas públicas específicas contra esta violência para dar uma resposta integral, efetiva e definitiva. Os

---

<sup>7</sup> Cantera Espinosa, Leonor M. *Más allá del género. Nuevos enfoques de “nuevas” dimensiones y direcciones de la violencia en la pareja*, Tese de Doutorado em Psicologia Social, Universitat Autònoma de Barcelona, 2004, p. 11.

<sup>8</sup> Hidalgo Rodríguez, David; Cubas Martín, Noemí; Martínez Quinteiro, M.<sup>a</sup> Esther (eds.). *Mujeres en la historia, el arte y el cine. Discursos de género, variantes de contenidos y soportes: de la palabra al audiovisual*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2011, p. 10.

objetivos de estabelecer uma igualdade real e de estancar a violência devem estar presentes em todas as políticas públicas possíveis, ou seja, que sejam elaboradas com base nos Direitos Humanos das Mulheres e nos direitos internos específicos dos Estados, o que demanda ainda maior comprometimento e complexidade das suas ações.

Com certeza fez-se muito contra a violência de gênero e pela consolidação da igualdade, mas falta fazer muito mais. Em maior ou menor medida o Brasil e a Espanha estão se movimentando para consolidar seus Planos e Estratégias e estão sob os olhos atentos dos seus cidadãos, dos movimentos de mulheres, da Organização das Nações Unidas, do Sistema Interamericano (no caso do Brasil), do Sistema Europeu, do Conselho da Europa e da União Europeia (no caso da Espanha) ou seja, transversalmente e transnacionalmente.

Tanto no Brasil como na Espanha, as Leis contra a violência de gênero entraram em vigor em governos de “esquerda”, logo que o Partido Socialista Obrero Español (PSOE) e Partido dos Trabalhadores (PT) deixaram de ser oposição e assumiram como situação no poder executivo. Esse processo foi ainda mais rápido na Espanha, a Ley Orgánica 1/2004 foi promulgada no mesmo ano em que Zapatero ganhou as eleições, e a Lei Maria da Penha dois anos depois que Lula foi eleito presidente do Brasil.

A esperança depositada nesses governos, que tinham no corpo das suas promessas políticas não só a consolidação dos direitos das mulheres mas, no decorrer dos seus mandatos, planos de políticas públicas que consolidassem as normativas, tanto das novas leis como dos instrumentos internacionais, foi se encolhendo na medida que passavam os anos.

No Brasil, mesmo com a continuidade do governo do Partido dos Trabalhadores durante quatro mandatos seguidos, a mácula das negociações políticas e escândalos de corrupção deixaram um rastro de desesperança. Na Espanha, a troca de governo por uma linha mais conservadora parece, mesmo que em menor medida, caminhar nesse sentido.

Apesar de muito se elaborar nos planos e programas governamentais, o foco de atenção das políticas públicas destinadas às mulheres em situação de violência parece ter se esfumado, como o frustrante exemplo da Casa da Mulher Brasileira. Um importante e decisivo fator a ser considerado é a forte influência da religião que sofrem os dois países. Na gestão política brasileira existe uma forte presença de bancadas religiosas no parlamento, além de acordos com a Santa Sé, presentes também na

Espanha, e a chamada “Lei das Religiões” que deixam uma interrogante quanto a que lado o Estado joga: se na linha “Estado moralista religioso” ou na linha laica da Organização das Nações Unidas. O Brasil, ainda, conta com menos controle se comparado a Espanha que está sob os olhos atentos da União Europeia, o que torna os interesses da política nacional brasileira um livre e perigoso jogo de esconde-esconde.

A diferença de resultados das pesquisas demonstra que o Brasil anda por caminhos mais tortuosos que a Espanha. As negociatas são pagas com sangue das mulheres que cada vez se somam às estatísticas como vítimas, muitas vezes fatais, estando o Estado brasileiro na triste posição de 5º país com maior número de feminicídios, assassinatos de mulheres por serem mulheres, de acordo com o Mapa da Violência de 2015<sup>9</sup>, enquanto a Espanha está em 60º lugar.

A resposta de tamanha diferença de entre o 5º e o 60º lugar pode ser encontrada quando se compara a linha utilizada, as políticas públicas e as ferramentas para enfrentar a violência de gênero na Espanha. Apesar dos percalços políticos, o Governo da Espanha elabora políticas públicas de acordo com as recomendações tanto da Organização das Nações Unidas como da União Europeia e do Sistema Europeu. Significa dizer que, na prática, resulta em políticas mais efetivas, além de, logicamente, contar com um Estado mais estável, com maior estrutura física e com menos índice de pobreza e violência.

Outro ponto crucial para compreender a diferença entre o Brasil e a Espanha é a aplicação das políticas públicas sociais, que estão impregnadas em todas as demais. A Espanha caminha na direção de políticas mais universalistas, como educação, saúde, ajudas familiares, que abarcam uma grande parte, se não toda a sociedade – que nem por isso inibem a essencial discriminação positiva – mas que visa não gerar a dependência direta dos seus cidadãos. O Brasil parece seguir uma corrente inversa, com uma política cheia de gestos simbólicos, gerando dependência dos cidadãos às políticas assistencialistas. Por essa razão, principalmente, mantém seus cargos eletivos, gerando uma forte segmentação social: beneficiários contra não beneficiários, sul contra norte, pobres contra ricos, brancos contra negros, laicos contra religiosos e, por que não dizer, homens contra mulheres – já que parece que existe a necessidade de se posicionar de um lado só. Tanto é que a onda machista que ataca com unhas e dentes a Lei Maria da

---

<sup>9</sup> Waiselfisz, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015. Homicídio de Mulheres no Brasil*. [em linha]. Brasília, 2015. <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf)>. [9 novembro 2015].

Penha apresenta a Lei como uma ferramenta de “uns contra os outros” e não como uma Lei que beneficia toda a sociedade, de maneira profunda e permanente, mudando a dinâmica das famílias, as funções sociais que cada um desempenham e os estereótipos, gerando com isso, também, um país mais seguro, especialmente para as mulheres. Um país mais igualitário não deveria ser visto como uma ameaça à religião e aos homens, mas um país mais justo para cada indivíduo, mães, pais, irmãs, irmãos, filhos e filhas.

Se pode visualizar, através do resultado que o Brasil apresenta no Mapa da Violência, o significado real de um a sociedade na qual a desigualdade entre o homem e a mulher continua sendo, de alguma forma, além de normalizada, fundamentada em preceitos religiosos e patriarcais. Para tanto, utilizam os poderes essenciais para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito: judiciário, legislativo e executivo, institucionalizando-os. Além das sentenças que nem sempre cumprem com o papel que lhes tocaria, de estancar a violência que está sob jurisdição, o Brasil, infelizmente, conta com um poder legislativo com bancadas evangélicas que aplicam preceitos religiosos como verdades “moralizadoras” para a elaboração de leis. Como se não pudesse piorar, o poder executivo está maculado com corrupção, muitas sendo investigadas e julgadas, na qual o dinheiro público é utilizado como se fosse de ninguém. A consequência disso para as políticas públicas indispensáveis para a própria manutenção do país são severos recortes orçamentários, além da já citada presença religiosa nas suas decisões, o que influencia a elaboração e aplicação das políticas públicas, do repasse de verbas, da construção de infraestrutura, enfim, de todo o aparato legal que deveria ser utilizado para estabelecer a igualdade – único meio definitivo para combater a violência de gênero.

Percebe-se a mão dos discursos transnacionais religiosos que tem, infelizmente, impactado e interferido na consagração da igualdade, como é caso do aborto, “promessa engavetada” no Brasil. Já a Espanha sobreviveu a uma tentativa de modificação da Lei que tratava do tema, mas não sem sair ileso, já que para as menores de idade passou a ser exigida a autorização dos pais.

Entre os diferentes percalços no caminho das políticas públicas contra a violência de gênero estão os aspectos políticos e de gestão, especialmente as verbas destinadas para consolidar os programas brasileiros e os espanhóis. Os recortes de verbas que os governos fizeram inviabilizaram uma plena a consolidação, ampliação e otimização das ferramentas, das investigações, das construções, entre outros, causando quase uma paralisação, o que tem efeitos retroativos. É uma matéria que está mudando

não somente estruturas físicas e legais, mas valores, trata-se também de desconstruir discriminações e estereótipos e estancar esse processo é como fazer uma barragem antes de uma cachoeira: o resultado final fica comprometido.

As políticas e planos levam a crer que existe um “limbo” entre a mulher sem voz, invisibilizada, desatendida nas suas demandas, direitos e dignidade, no qual o sentimento de medo era o prevalente, e as elaborações e ações dos Estados que incorporem, sistematicamente, continuamente e integralmente uma perspectiva de gênero em todas elas. Este “limbo” é uma construção histórica que se desenvolve nesse tempo, em espaços específicos. É uma transformação importantíssima que muda os estereótipos e funções “consagrados em nome de Deus”, por muito tempo. Esse espaço intermediário está dando lugar para a incorporação dos temas de gênero especialmente a erradicação da violência de gênero. Importa frisar que a violência perdurará, mas com esperança e árdua disciplina a violência de gênero já não mais terá lugar, decorrentes de todo o trabalho dos Estados, dos organismos internacionais e dos movimentos de mulheres, abrindo caminho para mudanças ainda mais profundas.

Infelizmente existem fatores políticos que parecem sobrepassar o interesse dos governantes de consolidar a igualdade entre homens e mulheres, bem como eliminar a violência de gênero, inclusive dos governantes mulheres, de quem se esperava um olhar mais empático a essa causa. A rotação de funcionários, ministros, parlamentares, a negociata entre eles para aprovação de leis, a influência religiosa, muitas vezes definem o que estará em pauta, os direitos que se concedem e a direção das políticas a serem realizadas.

Na prática essas dinâmicas geram desconfiança generalizada na população, como é possível ver através do resultado da pesquisa da Organização Transparency, realizada tanto no Brasil como na Espanha, especialmente quanto à política, na qual aparece que mais de 80% dos espanhóis e dos brasileiros acreditam que os partidos políticos são corruptos/extremamente corruptos, e em torno de 70% tem a mesma opinião sobre os parlamentos nacionais ou órgãos legislativos.

A Espanha está a dois grandes passos à frente do Brasil em todos os sentidos: cronologicamente, com a edição da Lei de proteção às mulheres promulgada dois anos antes da brasileira; eficazmente, realizando um trabalho de elaboração e aplicação de políticas públicas de forma mais estruturada e eficaz; a linha que conduz o trabalho interno da Espanha acompanha o transnacional da Organização das Nações Unidas, do Sistema Europeu e da União Europeia, enquanto o Brasil parece oscilar entre interesses

políticos que uma hora se comprometem com tal linha e na outra a ignora completamente, utilizando critérios pouco claros.

Considerando que as Leis de proteção às mulheres são semelhantes nos dois países, com a diferença de apenas dois anos de entrada em vigor, e que ambos Estados são democráticos, o Brasil deixa imensamente a desejar, cronificando o sentimento de medo de ser mulher e dos perigos que isso representa, tanto de violência praticada por um companheiro íntimo, como a violência de rua, especialmente a violência sexual.

Contudo, deve-se ter presente que quanto mais efetiva é a lei, mais demanda reaciona. Quando uma mulher, em situação de violência, está segura que verá a justiça ser feita, denunciará mais facilmente do que ocorria antes da promulgação das leis, tanto Maria da Penha como a Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. O efeito é que, quanto mais denúncias e processos judiciais são realizados e, conseqüentemente, mais punições sejam sentenciadas, mais políticas públicas serão elaboradas.

Pode-se perceber que ainda há muito trabalho pela frente, mas existe mais segurança legal, e por isso mais denúncias e maior confiança na justiça bem como nas redes de apoio, fundamentais para romper a ultrajante rotina de conviver com homens agressores, verdadeiros criminosos, que não medem seus esforços para manter um pretenso poder sobre as mulheres.

É essencial reconhecer os méritos: as Leis de proteção à mulher trouxeram à tona esse gigante problema, provocaram um debate em larga escala do que há muito tempo era tema nos movimentos de mulheres e nos discursos transnacionais. Houve uma importante sensibilização social e um reconhecimento, tanto da dimensão como dos tipos de violência. E, ainda mais, o reconhecimento da razão por trás das agressões: nem defesa da honra, nem justificativas psicológicas, nem por uso de álcool ou drogas. A razão é a desigualdade, o suposto poder masculino sobre o feminino, o patriarcado enraizado culturalmente, religiosamente, que havia sido ignorado e, direta ou indiretamente, autorizado por lei.

A importância das Leis específicas de proteção à mulher é imensurável, mas somente a legislação, que é imprescindível, não é suficiente para terminar com a violência de gênero. Como bem aponta o Informe Anual 2012-2013 da ONU Mujeres:

Pese a grandes logros, la desigualdad de género es todavía uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo. Alimentada por una discriminación profundamente arraigada contra mujeres y niñas, es dañina y costosa, pues interrumpe el progreso

económico, menoscaba la paz y limita la calidad del liderazgo. Su eliminación debe ocupar un lugar prominente entre las metas mundiales y nacionales<sup>10</sup>.

Neste universo que estão entrelaçados valores, cultura, história, religião, política, emoções, etc, demanda pensar no conjunto de fatores que criam possibilidades tanto para que a violência hoje existente seja estancada, como para desestimular atuações futuras. Em outras palavras: “para ello es imprescindible fomentar los valores que contribuyen a evitar la violencia y descalificar aquellos otros que la propician”<sup>11</sup>.

A igualdade é a *conditio sine qua non*, o que demanda ações políticas multidisciplinares e mudança cultural. Tratar de acabar com a violência de gênero é um objetivo a longo prazo, mas que se tem pressa de alcançar. Cada dia de espera significa agressões e mortes gratuitas, cada hora conta, cada publicidade, cada política pública criada e colocada em prática é um passo a mais. Nessa corrida, toda velocidade é pouca.

### Referências Bibliográficas

- Cantera Espinosa, Leonor M. *Más allá del género. Nuevos enfoques de “nuevas” dimensiones y direcciones de la violencia en la pareja*, Tese de Doutorado em Psicologia Social, Universitat Autònoma de Barcelona, 2004.
- Díaz Freire, José Javier. “Presentación”. *Ayer - Revista de Historia Contemporánea*, 2015, 98, pp. 13-20.
- Hidalgo Rodríguez, David; Cubas Martín, Noemí; Martínez Quinteiro, M.<sup>a</sup> Esther (eds.). *Mujeres en la historia, el arte y el cine. Discursos de género, variantes de contenidos y soportes: de la palabra al audiovisual*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2011.
- Miller, Nicholas. “Espacios de pensamiento: historia transnacional, historia intelectual y la Ilustración”. *Ayer - Revista de Historia Contemporánea*, 2014, 94, pp. 97-120.
- ONU Mujeres. *Informe Anual 2012-2013* [em linha], 2013. <<http://www2.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2013/6/unwomen-annualreport2012-2013-es.pdf?v=1&d=20141013T121457>> [5 novembro 2015].

<sup>10</sup> ONU Mujeres. *Informe Anual 2012-2013* [em linha], 2013. <<http://www2.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2013/6/unwomen-annualreport2012-2013-es.pdf?v=1&d=20141013T121457>> [5 novembro 2015].

<sup>11</sup> Pallarés, Miguel. *Violencia de género. Reflexiones sobre la relación de pareja y la violencia contra las mujeres*. Barcelona: Marge books, 2012, p. 31.

- Peyrou, Florencia; Martykánová, Darina. “Presentación”. *Ayer - Revista de Historia Contemporánea*, 2014, n° 94, p. 13-22.
- Pallarés, Miguel. *Violencia de género. Reflexiones sobre la relación de pareja y la violencia contra las mujeres*. Barcelona: Marge books, 2012.
- Waiselfisz, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015. Homicídio de Mulheres no Brasil* [em linha]. Brasília, 2015. <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf)>. [9 novembro 2015].



# VIOLÊNCIA DE GÊNERO EM PORTUGAL: A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

## GENDER VIOLENCE IN PORTUGAL: THE DEFENSE OF HUMAN RIGHTS

Isabel Dias

*Faculdade de Letras da Universidade do Porto*

**Resumo:** Na comunicação apresentada no Congresso internacional e interdisciplinar "El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a la Profesora M<sup>a</sup> Esther Martínez Quinteiro", pretendemos dar conta do reconhecimento, por parte do Estado português, da violência doméstica e da violência de género como uma violação dos Direitos Humanos das mulheres e do seu enquadramento ao nível das recomendações e legislação internacional de referência. Dá-se conta ainda da prevalência deste fenómeno e das principais medidas implementadas ao nível do seu combate e prevenção em Portugal.

**Palavras-chave:** Violência doméstica, Violência de género, Prevalência, Intervenção.

**Abstract:** In the communication presented at the International and Interdisciplinary Congress "El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a la Profesora M<sup>a</sup> Esther Martínez Quinteiro", we intend to acknowledge the recognition by the Portuguese State of domestic violence and gender violence, as a violation of the human rights of women and of their framing, at the level of recommendations and international legislation. It also takes into account the prevalence of this phenomena and the main measures implemented in its' combat and prevention in Portugal.

**Keywords:** Domestic violence, Gender violence, Prevalence, Intervention.

### 1. Introdução

Em Portugal, tal como em muitos outros países do mundo, a violência contra as mulheres constitui um problema social de grande relevância. Para tal contribuiu o reconhecimento do género como categoria social, mas também a ação do movimento das mulheres e do feminismo, enquanto força social e crítica. Refere Amâncio

que ao considerar o sexo um constructo a explicar, em vez de fator explicativo, o conceito de género retirava a análise das diferenças entre os sexos do domínio da biologia e orientava-a para as condições históricas e sociais de produção das crenças e dos saberes sobre os sexos e de legitimação das divisões sociais baseadas no sexo<sup>1</sup>.

Ao mesmo tempo, este conceito surge no discurso político-institucional de importantes instituições internacionais como é o caso da Organização das Nações

---

<sup>1</sup> Amâncio, Lígia. "O género no discurso das Ciências Sociais". *Análise Social*, 2003, 168, p. 687.

Unidas (ONU), da Organização Mundial de Saúde (OMS) e do Conselho da Europa<sup>2</sup>. Assim, apesar de a sua difusão ter beneficiado do intenso debate gerado pelo feminismo de segunda vaga, nos anos 1980 o conceito de género passou a integrar “as políticas dos direitos humanos e de luta contra a discriminação baseada no sexo”, em particular das Nações Unidas, que tiveram um papel pioneiro neste domínio<sup>3</sup>.

Com efeito, no período após a I Guerra Mundial até ao início dos anos 1970, a violência doméstica esteve praticamente ausente da agenda internacional. Mas foi também durante este período que se deu um rápido crescimento do movimento das mulheres, sendo que a violência de género, incluindo a violência sexual, tornou-se num conceito central da teoria feminista para a crítica e denúncia da sociedade patriarcal dominante. Segundo o discurso feminista a família nas nossas sociedades caracteriza-se pela assimetria de poder e por relações de dominação, constituindo uma das instituições potencialmente mais perigosas e violentas para as mulheres de todas as idades<sup>4</sup>.

Nos nossos dias, a preocupação global com esta problemática encontra-se refletida no reconhecimento formal pelas Nações Unidas da violência contra as mulheres como uma violação dos Direitos Humanos, entendimento que se encontra plasmado na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), de 1979, a qual representa um marco no conjunto de medidas destinadas não apenas a proibir, mas principalmente a eliminar a discriminação que vitima as mulheres<sup>5</sup>. Para além do referido entendimento, esta Convenção veio afirmar que ser mulher constitui um fator de risco à violência e alargar a própria definição de violência de género com vista a integrar todos os aspetos da vida das mulheres e das crianças do sexo feminino<sup>6</sup>.

O género surge então associado à maior preocupação com os Direitos Humanos passando a integrar a definição de violência contra as mulheres que de acordo com a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher adotada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, em 1993, consiste em “qualquer ato de violência baseada no género que resulte ou possa resultar em danos mentais ou sexuais, ou sofrimentos para a mulher, incluindo ameaças, atos de coerção ou privação

---

<sup>2</sup> Casado Aparicio, Elena; García García, Antonio A. y García Selgas, Fernando J. “Análisis crítico de los indicadores de violencia de género en parejas heterosexuales en España”. *Empiria, Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, 2012, 24, p. 164.

<sup>3</sup> Amâncio, Lígia. “O género no discurso...”, p. 688.

<sup>4</sup> Reingardiené, Jolanta. “Understanding Gender Based Violence against Women: Toward a Conceptual Framework”. *Issues of Society and Family*, 2004, 3, p. 7.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 9.

arbitrária de liberdade, seja na vida pública seja privada”<sup>7</sup>. Esta definição foi reforçada na IV Conferência Mundial sobre a Mulher em 1995, com a adoção da Plataforma de Ação de Beijing, na qual a violência é reconhecida como um forte obstáculo “à conquista dos objetivos de igualdade, desenvolvimento e paz”<sup>8</sup>, exigindo-se, por isso, de todos os Estados a proteção e promoção dos direitos fundamentais da mulher.

## 2. Violência de Género: enquadramento e definições

Tendo presente as orientações internacionais e europeias com vista à eliminação da violência contra a mulher, Portugal tem vindo a promover e a implementar um conjunto de respostas e serviços neste domínio. Ao nível da intervenção no nosso país esta tem por base as definições previstas na legislação nacional<sup>9</sup> aplicável à violência doméstica e violência de género. Assim esta é definida como um tipo de violência dirigida contra uma pessoa devido ao seu género, à sua identidade de género ou à sua expressão de género, ou que afete de forma desproporcionada pessoas de um género particular. A violência de género exercida contra as mulheres abrange toda a violência dirigida contra a mulher por ser mulher ou que afeta desproporcionalmente as mulheres<sup>10</sup>. Constitui uma forma de discriminação contra as mulheres e abrange todos os atos de violência de género que resultem em danos ou sofrimentos físicos, sexuais, psicológicos ou económicos. Inclui a violência nas relações de intimidade, a violência sexual (violação, agressão, assédio sexual), a ameaça, a coação, a privação da liberdade tanto na vida pública, como na vida privada, bem como práticas perniciosas, como é o caso do tráfico de seres humanos, dos casamentos forçados, da mutilação genital feminina ou dos chamados “crimes de honra”<sup>11</sup>. A violência de género, onde se inclui a violência doméstica, constitui uma grave violação dos direitos humanos, em particular das mulheres, tal como foi definido na Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1995.

---

<sup>7</sup> Graça, Dionara D’Anjos. “Violência baseada no género: Uma violação dos Direitos Humanos”. Em Pando Ballesteros, María de la Paz, Muñoz Ramírez, Alicia y Garrido Rodríguez, Pedro (dirs. y eds.). *Pasado y Presente de los Derechos Humanos*. Madrid: Catarata, 2016, pp. 427.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 428.

<sup>9</sup> Definições previstas na legislação nacional, nomeadamente no Código Penal e na Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, alterada e republicada pela Lei n.º 129/2015, de 3 de setembro, assim como as definições presentes na Convenção de Istambul, Artigo 3- Definições, alínea c).

<sup>10</sup> Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género (CIG). *Guia de requisitos mínimos de intervenção em situações de violência doméstica e violência de género*. Lisboa: CIG, 2016, p. 9.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

Nesse sentido, o enquadramento jurídico português define o crime de violência doméstica como

quem de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais: a) ao cônjuge ou ex-cônjuge; b) a pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação; c) progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou d) a pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite; é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal<sup>12</sup>.

O procedimento criminal não está dependente de queixa por parte da vítima, bastando uma denúncia ou o conhecimento do crime para que o Ministério Público possa promover o processo.

Ainda à luz do artigo 152.º do Código Penal para além de estar prevista a pena de prisão de dois a oito anos, em caso de ofensa à integridade física grave e de três a dez anos em caso de morte da vítima (ponto 3, alíneas a e b, respetivamente), também podem ser aplicadas penas acessórias de proibição de contato com a vítima e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica, entre outras medidas (ponto 4). A pena de proibição de contato com a vítima inclui o afastamento da residência ou do local de trabalho, sendo o seu cumprimento fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância (ponto 5)<sup>13</sup>.

### **3. Intervenção: da legislação à criação de estruturas de atendimento às vítimas de violência doméstica e de género**

A incorporação da linguagem dos Direitos Humanos conduziu à necessidade de ações mais amplas na luta contra a violência doméstica e a violência de género, mas também ao reforço dos mecanismos de prevenção, intervenção e de punição. Assim, o Código Penal, aprovado pelo Decreto Lei n.º 48/95, de 15 de março, na sua atual redação, designadamente pela Lei n.º 110/2015, de 26 de agosto, tipifica para além do referido crime de violência doméstica (artigo 152.º), outros crimes como é o caso do

---

<sup>12</sup> Artigo 152.º do Código Penal – Enquadramento jurídico de Violência Doméstica. Lei 59/2007, de 04 de setembro, rect. N.º 102/2007, de 31/10.

<sup>13</sup> Artigo 152.º do Código Penal – Enquadramento jurídico de Violência Doméstica. Lei 59/2007, de 04 de setembro, rect. N.º 102/2007, de 31/10. *Cfr.* Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género (CIG). *Guia de requisitos mínimos...*, p. 10.

tráfico de pessoas (artigo 160.º), da coação sexual (artigo 163.º), da violação (artigo 164.º), da importunação sexual (artigo 170.º), da mutilação genital feminina (artigo 144.º-A), da perseguição (artigo 154.º-A) e do casamento forçado (artigo 154.º -B). Este enquadramento normativo reflete não só o princípio da defesa dos direitos humanos, como o princípio da igualdade e da não discriminação tal como se encontra plasmado no artigo 5.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro<sup>14</sup>, que afirma

que toda a vítima, independentemente da ascendência, nacionalidade, condição social, sexo, etnia, língua, religião, deficiência, convicções políticas ou ideológicas, orientação sexual, cultura e nível educacional goza dos direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, sendo-lhe assegurada a igualdade de oportunidades para viver sem violência e preservar a sua saúde física e mental<sup>15</sup>.

Para além de legislação nacional, Portugal tem igualmente por referência a legislação europeia e informação de referência para combater a violência doméstica e a violência de género, nomeadamente a convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), ratificada pela Lei n.º 23/80, de 26 de julho; a convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Istambul), adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011<sup>16</sup>; a Resolução do Parlamento Europeu, de 11 de junho de 1986, sobre a violência contra as mulheres; a Resolução do Parlamento Europeu, de 6 de outubro de 1997, sobre a necessidade de desenvolver na União Europeia uma campanha de recusa total da violência contra as mulheres; a Resolução do Parlamento Europeu, de 21 de junho de 1999, sobre a violência contra as mulheres e o programa Daphne; a Resolução da Assembleia da República n.º 17/2007, de 26 de abril, sobre a iniciativa “Parlamentos unidos para combater a violência doméstica contra as mulheres”; a Resolução da Assembleia da República n.º 111/2009, de 18 de dezembro - 10.º Aniversário do Dia pela Eliminação da Violência contra as Mulheres<sup>17</sup>.

Através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 55/99, de 15 de junho, é aprovado em Portugal o primeiro Plano Nacional contra a Violência Doméstica (I PNCVD), o qual já vai na sua 5.ª versão (V Plano Nacional de Prevenção e Combate à

<sup>14</sup> Alterada e republicada pela Lei n.º 129/2015, de 3 de setembro.

<sup>15</sup> Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género (CIG). *Guia de requisitos mínimos...*, p. 12.

<sup>16</sup> Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, de 21 de janeiro e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 13/2013, de 21 de janeiro.

<sup>17</sup> *Cfr.* Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género (CIG). *Guia de requisitos mínimos...*, p. 7.

Violência Doméstica e de Género 2014 -2017 - V PNPCVDG)<sup>18</sup>. Dos anos 1990 data um intenso trabalho de implementação de estruturas de atendimento às vítimas de violência doméstica e violência de género que prossegue até aos nossos dias. Nessa altura foi criada na dependência do Ministro da Administração Interna, uma equipa de missão com o objetivo de implementar e aplicar o projeto INOVAR (Iniciar uma Nova Orientação à Vítima por uma Atitude Responsável)<sup>19</sup>. Em 2000 foi celebrado um protocolo entre o Ministro da Justiça, a Ministra para a Igualdade e a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) relativo ao serviço de atendimento telefónico permanente às vítimas de violência doméstica<sup>20</sup>. Em 2007 é criado um balcão único virtual para apresentação de denúncias de natureza criminal e estabelece-se os procedimentos a adotar pela Guarda Nacional Republicana (GNR), Polícia de Segurança Pública (PSP) e Serviços Estrangeiros e Fronteiras (SEF) com vista à prestação do novo serviço<sup>21</sup>. Por fim, em 2007 são criadas formalmente estruturas de atendimento<sup>22</sup> constituídas por uma ou mais equipas técnicas de entidades públicas dependentes da administração central ou local, por entidades que com aquelas tenham celebrado protocolos de cooperação e por outras organizações de apoio à vítima tendo em vista a sua proteção<sup>23</sup>.

Apesar de a criação de casas de abrigo datar, de igual modo, dos anos 1990<sup>24</sup>, foi somente a partir de 2000 que se intensificou a sua implementação, contando neste domínio com a importante colaboração das Organizações Não Governamentais (ONG) preocupadas com a criação de estruturas de acolhimento e proteção das mulheres vítimas de violência<sup>25</sup>. A referida Lei foi revogada pela Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas. Sendo entendidas como unidades residenciais destinadas ao acolhimento temporário de vítimas, acompanhadas ou não de filhos/as menores, o objetivo era criar mais de 30 casas espalhadas pelo Norte, Sul e Regiões Autónomas. Em 2006 é publicado um Decreto Regulamentar (n.º 1/2006, de

---

<sup>18</sup> Resolução do Conselho de Ministros n.º 102/2013.

<sup>19</sup> Resolução do Conselho de Ministros n.º 6/99, de 8 de fevereiro.

<sup>20</sup> Protocolo n.º 17/2000, de 22 de maio.

<sup>21</sup> Portaria n.º 1593/2007, de 17 de dezembro.

<sup>22</sup> Artigo 61.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, alterada e republicada pela Lei n.º 129/2015, de 3 de setembro.

<sup>23</sup> Cfr. Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género (CIG). *Guia de requisitos mínimos...*, pp. 6-7.

<sup>24</sup> Publicação da Lei n.º 107/99, de 3 de agosto.

<sup>25</sup> Dias, Isabel. "Violência e género em Portugal: abordagem e intervenção". *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia, Revista del Seminario Interdisciplinar de Estudios de las Mujeres*, 2008, 3, p. 165.

25 de janeiro) que regula as condições de organização, funcionamento e fiscalização das casas de abrigo que integram a rede pública de casas de apoio a mulheres vítimas de violência<sup>26</sup>, seguido de um Despacho Conjunto (n.º 368/2006, de 2 de maio) que procede à avaliação do funcionamento das mesmas<sup>27</sup>.

As medidas estendem-se ao campo da saúde com a aplicação do regime de isenção das taxas moderadoras às vítimas de violência doméstica<sup>28</sup>, procedendo-se, de igual modo, à regulação das prestações do Serviço Nacional de Saúde por parte dos utentes no que respeita ao regime das taxas moderadoras e à aplicação de regimes especiais de benefícios<sup>29</sup>. Transpondo a Diretiva n.º 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho (de 25 outubro) a Lei n.º 130/2015 (de 04 de setembro) aprova o Estatuto da Vítima, que estabelece as normas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas de criminalidade. Esta Lei foi precedida pelo Despacho n.º 7108/2011 (de 11 de maio) que estabelece os critérios de atribuição do estatuto de vítima, pela Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género, à vítima de violência doméstica<sup>30</sup>. As vítimas de crimes violentos e de violência doméstica podem ser indemnizadas à luz do disposto na Lei n.º 104/2009, de 14 de setembro<sup>31</sup>.

As vítimas de violência doméstica e de género gozam de um conjunto de medidas de proteção<sup>32</sup> e de respostas de acolhimento de emergência<sup>33</sup>, acompanhadas ou não de filhos menores, pelo período necessário à avaliação da sua situação, de modo a assegurar a proteção da sua integridade física e psicológica. Também as testemunhas em processo penal são alvo de medidas de proteção<sup>34</sup>.

No plano dos agressores, a Lei n.º 33/2010<sup>35</sup>, de 2 de setembro vem regular a utilização de meios técnicos de controlo à distância (vigilância eletrónica). Em 2015

---

<sup>26</sup> Previstas na Lei n.º 107/99, de 3 de agosto e no Decreto-Lei n.º 323/2000, de 19 de dezembro.

<sup>27</sup> Despacho n.º 32648/2008, de 30 de dezembro - Aprova o Relatório da Avaliação das Condições Funcionamento das Casas de Abrigo.

<sup>28</sup> Despacho n.º 20509/2008, de 5 de agosto.

<sup>29</sup> Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de novembro.

<sup>30</sup> Cfr. Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género (CIG). *Guia de requisitos mínimos...*, p. 6.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Lei n.º 61/91, de 13 de agosto - Garante proteção adequada às mulheres vítimas de violência; Lei n.º 6/2001, de 11 de maio - Adota medidas de proteção das pessoas que vivam em economia comum; Lei n.º 7/2001, de 11 de maio - Adota medidas de proteção das uniões de facto.

<sup>33</sup> Artigo 61.º - A da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, alterada e republicada pela Lei n.º 129/2015, de 3 de setembro.

<sup>34</sup> Lei n.º 93/99, de 14 de julho alterada pela Lei n.º 29/2008, de 4 de julho.

<sup>35</sup> Revoga a Lei n.º 122/99, de 20 de agosto, que regula a vigilância eletrónica prevista no artigo 201.º do Código de Processo Penal.

esta medida de coação foi aplicada a mais de 300 agressores devido a casos de violência doméstica (DGRSP)<sup>36</sup>.

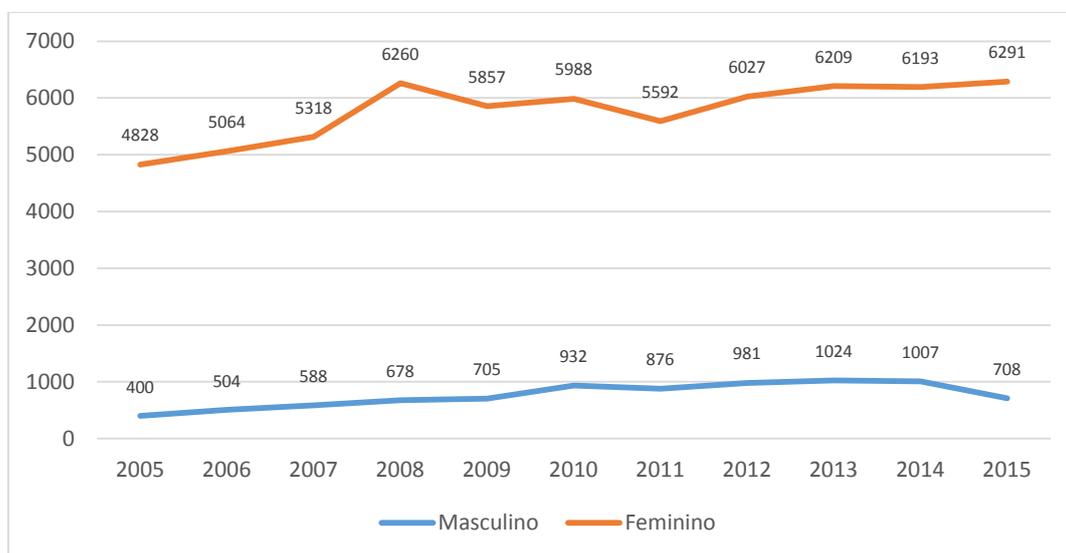
As medidas supramencionadas enquadram-se na necessidade de o Estado português dar resposta, a nível social e legal, à violência doméstica e à violência de género, ajustando a sua intervenção às recomendações internacionais que se têm vindo a implementar neste âmbito.

#### 4. Prevalência da violência doméstica em Portugal

O conjunto de políticas e medidas que têm vindo a ser implementadas em Portugal desde a década de 1990, reforçam a preocupação pública com as vítimas, mas também a centralidade que a violência e as desigualdades de género têm vindo a assumir na agenda política nacional. A violência doméstica e de género é um problema com visibilidade crescente tal como atestam os dados recentes provenientes da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) e da Secretaria-Geral do Ministério da Administração Interna (SGMAI).

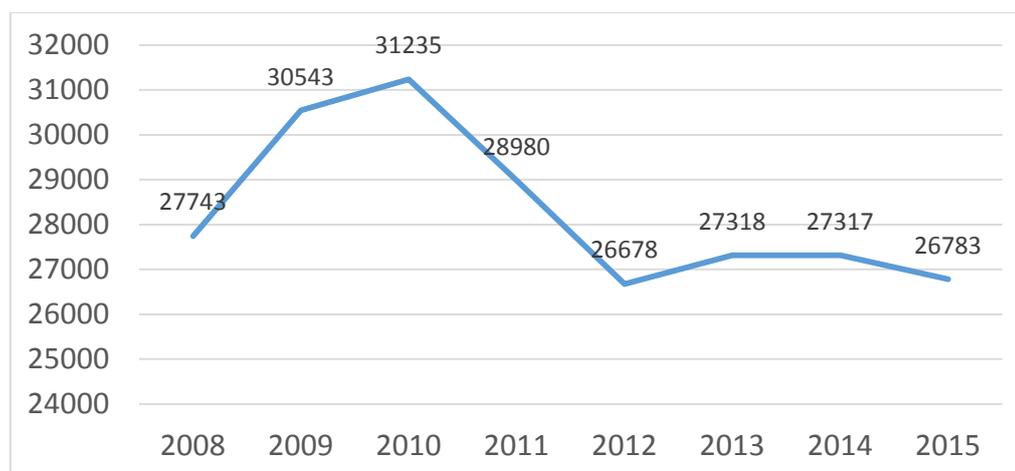
Gráfico 1.

N.º de vítimas de Violência Doméstica em Portugal por sexo, 2005-2015 (APAV).



Os dados do Gráfico 1 revelam uma tendência crescente da violência doméstica em Portugal, entre 2005 e 2015, especialmente da violência exercida contra as mulheres. Esta tendência é corroborada através das ocorrências registadas pelas Forças de Segurança GNR e PSP (2008-2015).

<sup>36</sup> Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais.

**Gráfico 2.****N.º de ocorrências de Violência Doméstica em Portugal, 2008-2015 (SGMAI)**

Através do gráfico 2 podemos observar dois picos fortes de crescimento deste fenómeno em Portugal, nomeadamente entre 2008 e 2010 e entre 2012 e 2014. A esta dinâmica de crescimento não é alheia a situação de grave crise económica e social vivida em Portugal nos últimos anos com impacto no agravamento da conflitualidade conjugal e familiar.

**Quadro 1.****Crimes de Violência Doméstica, 2014 (APAV)**

<b>Crimes de Violência Doméstica</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
Maus tratos físicos	4497	25,3
Maus tratos psíquicos	6625	37,3
Ameaça-coação	3273	18,4
Difamação-injúria	1919	10,8
Subtração de menor	26	0,1
Violação da obrigação de alimentos	46	0,3
Violação	62	0,3
Abuso sexual	384	2,2
Homicídio	3	0,0
Outros	910	5,1
<b>Total</b>	<b>17 745</b>	<b>100,0</b>

\* Abuso sexual inclui: abuso sexual de crianças, abuso sexual de menor dependente, abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, coação sexual, crimes de natureza sexual.

Por seu turno, o tipo de crime mais registado pela Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) são os maus tratos psíquicos, o que é igualmente reforçado pelos dados da Secretaria-Geral do Ministério da Administração Interna (SGMAI).

**Quadro 2.**

**Número de ocorrências por tipo de Violência Doméstica registadas pela GNR e PSP (n=27317)**

<b>Tipo de VD, Violência infantil e sobre idosos</b>		<b>%</b>
Tipo de Violência Doméstica	Física	70,0
	Psicológica	80,5
	Sexual	1,9
	Económica	8,8
	Social	13,3
Violência infantil	Menores de 18 anos	5,7
Violência sobre idosos	65 ou + anos	8,1

**Quadro 3.**

**Características sociodemográficas das vítimas de Violência Doméstica em Portugal, 2014 (SGMAI)**

<b>Características sociodemográficas das vítimas</b>		<b>%</b>
<b>Sexo da vítima</b>	Masculino	15,9
	Feminino	84,1
	<b>Total</b>	100,0
<b>Idade da vítima</b>	0-17	5,7
	18-24	9,5
	25-64	76,8
	65-74	4,7
	75 ou +	3,4
	<b>Total</b>	100,0
<b>Estado civil da vítima</b>	Casado/a	41,4
	Divorciado/a/Separado/a	16,2
	Solteiro/a	31,9
	União de facto	6,4
	Viúvo/a	4,1
	<b>Total</b>	100,0
<b>Escolaridade da vítima</b>	Sem habilitações	4,3
	Ensino básico 1.º ciclo (4.º ano)	20,6
	Ensino básico 2.º ciclo (6.º ano)	17,5
	Ensino básico 3.º ciclo (9.º ano)	24,6
	12.º Ano	19,4
	Ensino Superior	9,3
	Outro	4,3
	<b>Total</b>	100,0

Tal como foi anteriormente referido, as vítimas de Violência Doméstica são predominantemente do sexo feminino, têm entre 25 e 64 anos de idade, são casadas e a sua escolaridade oscila entre o ensino básico e o ensino secundário completo. É de destacar que 31,9% das vítimas são solteiras, o que reflete a incidência deste problema social em pessoas que estão em relações de namoro e de intimidade, sem formalização do vínculo conjugal. É igualmente de destacar que 9,3% tem o ensino superior o que reforça a natureza transversal da violência doméstica e da violência de género.

**Quadro 4.**  
**Características sociodemográficas do denunciado, 2014 (SGMAI)**

<b>Características sociodemográficas do denunciado</b>		<b>%</b>
<b>Sexo</b>	Masculino	87,0
	Feminino	13,0
	<b>Total</b>	100,0
<b>Idade</b>	0-17	1,0
	18-24	7,6
	25-64	85,6
	65-74	4,1
	75 ou +	1,7
	<b>Total</b>	100,0
<b>Escolaridade</b>	Sem habilitações	3,2
	Ensino básico 1.º ciclo (4.º ano)	24,2
	Ensino básico 2.º ciclo (6.º ano)	21,2
	Ensino básico 3.º ciclo (9.º ano)	24,2
	12.º Ano	15,5
	Ensino Superior	6,4
	Outro	5,3
	<b>Total</b>	100,0

Os agressores são maioritariamente do sexo masculino, tendo predominantemente entre 25 a 64 anos. Relativamente à escolaridade, os agressores apresentam um perfil semelhante às vítimas, ou seja, têm o ensino básico e secundário. Todavia, a proporção de agressores com o ensino superior (6,4%) é inferior à das vítimas com o mesmo nível de escolaridade (9,3%).

Os dados apresentados revelam que em Portugal a violência baseada no género, especialmente a violência contra a mulher, assume cada vez mais relevância. Em 2016, 22 mulheres foram assassinadas, sendo que 35% dos femicídios foram praticados com armas de fogo e 20% com armas brancas (UMAR)<sup>37</sup>. A maioria das mulheres (85%) foram assassinadas em suas casas, registando-se 20 crianças/jovens que ficaram órfãos de mãe na sequência dos homicídios praticados em contexto de violência doméstica.

## 5. Conclusão

Vimos que desde os anos 1990 se começaram a esboçar em Portugal as primeiras intervenções com vista a combater a violência doméstica e a violência de género, em especial a violência que é dirigida às mulheres pelo facto de serem mulheres (Graça, 2016, p. 434). Para além de legislação voltada contra todos os tipos de violência de género, têm vindo a ser criados serviços e estruturas de atendimento e de apoio às vítimas, contando, para o efeito, com a colaboração relevante de organizações intergovernamentais e não-governamentais. Portugal fez igualmente um esforço por se ajustar às recomendações e à legislação internacional de referência como, por exemplo, a convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) (1979), e a convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011. Desta forma, Portugal inscreve o combate contra a violência doméstica e a violência de género na agenda da defesa dos direitos humanos das mulheres de todas as idades e promove um conjunto de medidas que passam pela informação e sensibilização para esta problemática, pela proteção das vítimas, mas também pela prevenção deste tipo de violência.

Um longo caminho já foi percorrido, mas os dados anteriormente apresentados mostram que temos que continuar a lutar pela afirmação e respeito pelo estipulado no artigo 18.º da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993:

Os Direitos Humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. A participação plena das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, económica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, bem como a

---

<sup>37</sup> Observatório de Mulheres Assassinadas - UMAR - União de Mulheres Alternativa e Resposta, 2016.

erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo, constituem objetivos prioritários da comunidade internacional<sup>38</sup>.

A Professora Maria Esther Martínez Quinteiro, a quem prestamos homenagem neste Congresso internacional e interdisciplinar, dedicou a sua vida à luta contra todos os tipos de violência baseada no gênero e à defesa dos Direitos Humanos das mulheres. Entre outras mensagens relevantes, a Professora transmitiu-nos que ter em conta a perspectiva de gênero nas nossas análises e na intervenção social, exige definir e articular as experiências das mulheres na violação dos seus direitos fundamentais e fazer exigências junto da comunidade internacional.

### Referências Bibliográficas

- Allred, Pam y Biglia, Barbara. "Gender-Related violence and young people: An overview of Italian, Irish, Spanish, UK and EU Legislation". *Children & Society*, 2015, vol. 29, pp. 662-675.
- Amâncio, Lígia. "O gênero no discurso das Ciências Sociais". *Análise Social*, 2003, 168, pp. 687-714.
- APAV. *Crianças e Jovens Vítimas de Crime, 2000-2012* [em linha]. Lisboa: APAV, 2013. <[http://www.apav.pt/apav\\_v3/images/pdf/CriançasJovensVCV\\_2000\\_2012.pdf](http://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/CriançasJovensVCV_2000_2012.pdf)>
- *Crimes de Violência Doméstica, 2000-2012* [em linha]. Lisboa: APAV, 2014. <[http://www.apav.pt/apav\\_v3/images/pdf/Estatisticas\\_APAV\\_Violencia\\_Domestica\\_2000\\_2012.pdf](http://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Violencia_Domestica_2000_2012.pdf)>
- *Crimes de Violência Doméstica, 2013-2014* [em linha]. Lisboa: APAV, 2015a. <[http://www.apav.pt/apav\\_v3/images/pdf/Estatisticas\\_APAV\\_CrimesViolenciaDomestica\\_2013-2014.pdf](http://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_CrimesViolenciaDomestica_2013-2014.pdf)>
- *Pessoas Idosas Vítimas de Crime e de Violência, 2013-2014* [em linha]. Lisboa: APAV, 2015b. <[http://www.apav.pt/apav\\_v3/images/pdf/Estatisticas\\_APAV\\_Pessoas-Idosas-Vitimas-Crime-Violencia\\_2013-2014.pdf](http://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Pessoas-Idosas-Vitimas-Crime-Violencia_2013-2014.pdf)>
- *Relatório Anual 2015* [em linha]. Lisboa: APAV, (2015c). <[http://www.apav.pt/apav\\_v3/images/pdf/Estatisticas\\_APAV\\_Relatorio\\_Anual\\_2015.pdf](http://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anual_2015.pdf)>

---

<sup>38</sup> Declaração e Programa de Ação de Viena, Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, Viena, 14-25 de junho de 1993. Portal de Direito Internacional, [www.cedin.com.br](http://www.cedin.com.br).

- *Homens Vítima de Violência Doméstica, 2013-2015* [em linha]. Lisboa: APAV, 2016a. <[http://www.apav.pt/intranet16/images/PDF/Estatisticas\\_APAV\\_homens\\_vitimas\\_de\\_violencia\\_domestica\\_2013\\_2015.pdf](http://www.apav.pt/intranet16/images/PDF/Estatisticas_APAV_homens_vitimas_de_violencia_domestica_2013_2015.pdf)>
- *Crianças e Jovens Vítimas de Crime e de Violência* [em linha]. Lisboa: APAV, 2016b. <[http://www.apav.pt/apav\\_v3/images/pdf/Estatisticas\\_APAV\\_Crianças\\_Jovens\\_Vitimas\\_Crime\\_Violencia\\_2013-2015.pdf](http://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Crianças_Jovens_Vitimas_Crime_Violencia_2013-2015.pdf)>
- Casado Aparicio, Elena; García García, Antonio A. y García Selgas, Fernando J. “Análisis crítico de los indicadores de violência de género en parejas heterossexuales en España”. *Empiria, Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, 2012, 24, pp. 163-186.
- Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género (CIG). *Guia de requisitos mínimos de intervenção em situações de violência doméstica e violência de género*. Lisboa: CIG, 2016.
- Dias, Isabel. *Sociologia da Família e do Género*. Lisboa: Pactor/Lidel, 2015.
- *Violência na Família. Uma abordagem Sociológica*. Porto: Edições Afrontamento, 2010.
- “Violência e género em Portugal: abordagem e intervenção”. *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia, Revista del Seminario Interdisciplinar de Estudios de las Mujeres*, 2008, 3, pp. 153-171.
- Graça, Dionara D’Anjos. “Violência baseada no género: Uma violação dos Direitos Humanos”. Em Pando Ballesteros, María de la Paz, Muñoz Ramírez, Alicia y Garrido Rodríguez, Pedro (dirs. y eds.). *Pasado y Presente de los Derechos Humanos*. Madrid: Catarata, 2016, pp. 427-437.
- Reingardiené, Jolanta. “Understanding Gender Based Violence against Women: Toward a Conceptual Framework”. *Issues of Society and Family*, 2004, 3, pp. 7-17.
- Secretaria-Geral do Ministério da Administração Interna (SGMAI). *Violência Doméstica – 2014. Relatório anual de Monitorização* [em linha]. Lisboa: Secretaria-Geral do Ministério da Administração Interna, 2015. <[https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2015/10/Rel-VD-2014\\_vfinal.pdf](https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2015/10/Rel-VD-2014_vfinal.pdf)>
- Sistema de Segurança Interna - Gabinete do Secretariado Geral (s.d.). *Relatório Anual de Segurança Interna – Ano 2015* [em linha]. (s.l.): (s.e.) <<http://www.portugal.gov.pt/media/18859123/20160331-rasi-2015.pdf>>

**TRATAMIENTO DE LAS NOTICIAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO  
Y AGRESIONES SEXUALES EN LAS TELEVISIONES GENERALISTAS  
ESPAÑOLAS. ESTUDIO DE CASO: LOS SANFERMINES, 2016**

**TREATMENT OF THE NEWS OF GENDER VIOLENCE  
AND SEXUAL AGGRESSIONS IN SPANISH GENERALIST  
TELEVISION CHANNELS. CASE STUDY: SAN FERMIN, 2016**

Begoña Gutiérrez San Miguel y M<sup>a</sup> Luisa Ibáñez Martínez  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** Los medios de comunicación denuncian y muestran, cada vez con mayor frecuencia, una gran variedad de situaciones en las que se violenta a las mujeres por el simple hecho de serlo y entre ellas las agresiones sexuales. Con el fin de conocer el reflejo que estas problemáticas puedan tener en la sociedad se realizó, a través de una metodología mixta de técnicas cualitativas y cuantitativas, un estudio de caso sobre la forma que los medios ofrecen, en las noticias de las televisiones generalistas españolas, el caso de “los Sanfermines” del año 2016. Lo más significativo de los resultados obtenidos es el diferente tratamiento que dan las cadenas analizadas, incidiendo especialmente en el caso de la Sexta noticias, en donde se fomentan los comentarios, las valoraciones de los hechos plasmados.

**Palabras clave:** Violencia de Género, Televisiones Generalistas, Tratamiento noticias, San Fermines, 2016

**Abstract:** The mass media denounce and show, every time with major frequency, a great variety of situations in which the women are forced and between them the sexual aggressions. In order to know the reflection that problematic these could have in the company there was realized, across a methodology mista of qualitative and quantitative technologies, a study of case on the treatment that the means offer, in the news of the general Spanish televisions, the case of the San Fermin's celebrations of the year 2016. The most significant of the obtained results is the different treatment that the analyzed chains give, affecting specially in case of the Sixth one you notify, where there are promoted the comments, the valuations of the formed facts.

**Keywords:** Gender violence, General Televisions, Treatment news, San Fermin, 2016.

**1. La construcción de las noticias. Lenguaje y referencias expresivos lingüísticas.**

La actualidad informativa ha superado la inicial tendencia a la plasmación de la realidad para verse inmersa en un universo completamente diferente, pasando a ser un espectáculo de la realidad, a través de un texto estructurado. La función, por tanto, de la información es la construcción de una realidad a partir de ciertos códigos. Es la organización de elementos dispersores procedentes del entorno, manipulándolos por medio de la espectacularización.

La vinculación de las cadenas de televisión a los grandes grupos de comunicación, vehiculizados por la ideología subyacente, ha hecho que la información haya evolucionado en su forma de presentación en las cadenas televisivas.

Las noticias son presentadas dramatizadas siguiendo las formas ya descritas por Levy y Robinson<sup>1</sup> y utilizadas en las cadenas norteamericanas punteras como la NBC en la que prima el concepto de que “cada noticia de TV debe estar estructurada como un mini drama, con un problema y un desenlace. Con un principio, un medio y un fin”<sup>2</sup>. La dramatización implica la personalización de las informaciones, la búsqueda del rostro humano que le confiera emoción a la información y en consecuencia la convierte en espectáculo. Charaudeau<sup>3</sup>, explica las diferencias entre el concepto de acontecimiento *per se* y acontecimiento mediático, a modo de dicotomía entre lo real y el hecho periodístico. Y en esta línea las investigaciones de Ferrer<sup>4</sup>, Aguaded Gómez, y Pérez-Rodríguez<sup>5</sup>, Mas<sup>6</sup>, Díaz, González y Aparicio<sup>7</sup>, Sánchez Cid, Benítez y Stepanian Taracido<sup>8</sup>, fundamentan el actual relato periodístico, entre otros.

Las noticias se elaboran a base de elementos que conlleven morbo y sensacionalismo, muy conectado con situaciones de dolor y muerte. El discurso televisivo dominante interpela a los individuos como espectadores que reciben una serie de acontecimientos, pero no como personas activas o participativas. La información ha sido denominada durante tiempo como la “ventana abierta” al mundo, pero en realidad debería ser sustituido el término por el de “pantalla”, dado que es un espacio que proyecta un discurso y es un elemento que oculta la realidad, o al menos una parte de esta. Lo subjetivo se impone a lo objetivo.

Es por ello que se establecen nuevos códigos de análisis para valorar las noticias televisivas, de forma que habrá que diferenciar entre acontecimiento y

---

<sup>1</sup> Levy, Mark R. and Robinson. John P. "The 'huh'?" factor: Untangling TV News". *ETC: A Review of General Semantics*, 1987. V. 44. N.1, pp.48.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Charaudeau, P. *El discurso de la información. La construcción del espejo social*. España: Gedisa. 2003.

<sup>4</sup> Ferrer, I. *Análisis de la espectacularización de la información en los informativos televisivos de actualidad diaria y su incidencia en el espectador*. Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona. 2011.

<sup>5</sup> Aguaded-Gómez, I., y Pérez-Rodríguez, M.A. “Strategies for media literacy: Audiovisual skills and the citizenship in Andalusia”. *Journal of New Approaches in Educational Research*, 2012, N. 1, pp. 22-26.

<sup>6</sup> Mas, L. *Discurso informativo 2.0. La estructura formal, textual y oral de la noticia en el s. XXI*. Editorial UOC. Barcelona. 2014.

<sup>7</sup> Díaz, R., González, M.J., y Aparicio, D. “Parámetros de calidad en la información de televisión. La metodología del observatorio de la calidad de la información en televisión”. *Ámbitos*, 2015. N.30, pp. 4.

<sup>8</sup> Sánchez Cid, M., Benítez, A.J. y Stepanian Taracido, E.M. “Aprender a reconocer la manipulación en informativos de TV: el caso de Telemadrid, 2003-2012”. En *Actas del I Congreso Internacional Comunicación y Pensamiento. Comunicacion y desarrollo social (1318-1339)*, Sevilla: *Egregius*. 2016.

comentario, entre representación de los hechos y opinión sobre los mismos y finalmente entre reproducción de la realidad y valoración de la misma. Patterson<sup>9</sup>, que utiliza el análisis de contenido para determinar qué noticias son las que se vinculan con parámetros de pluralismo e imparcialidad, establece una clara relación entre calidad de las noticias y estructura democrática.

Cuando se plasma un acontecimiento, la representación es mimética, es decir, se ofrece la concatenación de acontecimientos que se suceden entre hecho y acción. No se ofrece una visión subjetiva, que sí la conllevaría un comentario, siendo susceptible de interpretación. Por ejemplo, en cualquier noticia de violencia de género en el seno de las relaciones sentimentales en la que se introduzcan comentarios sobre las personas de las que se hablan; "...era un hombre tranquilo y hogareño, según comentan los vecinos", al hablar del agresor o asesino -en caso de que la acción conllevara la muerte de la mujer-. El comentario no tiene por qué incluir un elemento subjetivo, pero sí induce a él, en algunos casos y en otros se vuelca de forma explícita en los mismos "... no había indicios, ni quejas de vecinos, ni nada, que hiciese sospechar que existiese violencia de género".

La diferencia entre representación y opinión conlleva una ideología. Se refleja con palabras, con silencios que derivan de ciertas entonaciones, con elipsis significativas, cuando no se concede la oportunidad de expresarse a todas las posturas divergentes. Un análisis en profundidad ha de llevar a desenmascarar estos silencios. Hay noticias que no se transmiten, o si lo hacen es con una visión sesgada de los hechos, no ofreciendo datos importantes para que sea el propio espectador, el que interprete el acontecimiento, "al llamar a la puerta y ver que no contestan deciden entrar a la casa, encontrando a la mujer muerta en la habitación y el marido en otra con un cuchillo en las manos... Al preguntarle a él cómo estaba su mujer les dice, que bien... José padecía demencia y tenía problemas de comportamiento desde que la pareja había vuelto este verano de Suiza, en donde llevaban años trabajando... Estaba siendo causa de estudio a ver si existía alguna causa médica, siquiátrica o psicológica", opiniones ofrecidas por algunas autoridades locales. ¿Qué conllevan estas cuestiones? La justificación de un hecho lesivo. Por el contrario, el tratamiento que se lleva a cabo de la misma noticia en TVE, se sitúa en el punto de vista completamente diferente, personalizando a la víctima,

---

<sup>9</sup> Patterson, Thomas E. (2000). *Doing well and doing good: How soft news and critical journalism are shrinking the news audience and weakening democracy - and what news outlets can do about it*. Cambridge: Harvard University Press. 2000.

y narrando los hechos desde la perspectiva de la víctima, a diferencia del tratamiento dado en Telecinco<sup>10</sup>.

La distinción entre reproducción de la realidad y valoración de la misma, puede llevarse a cabo de manera explícita, con declaraciones, la forma de adjetivar o puntuar al informar...; o implícita siendo más difícil de detectar. Puede estar determinado por el lenguaje técnico (uso de ciertas angulaciones, ciertos movimientos de cámara, la planificación...). La captación de ciertas miradas, la aparición dentro del cuadro de elementos expresivos..., por medio de algunos recursos sonoros, por ejemplo, el tono de voz, la música que conecta con las fibras sensibles del espectador, los efectos sonoros con un carácter dramático. O recursos como la duración de las noticias, el orden en que son presentadas, su yuxtaposición, pudiéndose establecer entre ellas nociones de refuerzo, de comparación, de antítesis. Enlazando con el tema objeto de estudio, destacamos la noticia del debate subyacente a las agresiones sexuales vinculadas a las fiestas de San Fermín, 2016 titulado: “Debate sobre las chicas desnudas en San Fermín: ¿cuándo es agresión sexual?”, en donde los comentarios de algunos de los encuestados dicen: “... si ella se pone, atente a las consecuencias...; la que se pone ahí, sabe a lo que se expone... atente a las consecuencias de lo que le puede pasar...”<sup>11</sup>. En este caso estaríamos ante una valoración evidente del hecho noticioso subyacente a la noticia, los problemas de agresiones sexuales crecientes en las fiestas de San Fermín. En tanto que las agresiones sexuales tienen un doble componente de violencia y sexualidad, las valoraciones citadas son solo un reflejo de las reacciones del colectivo social ante la violencia sexual contra las mujeres que tienden, en ciertos casos, al igual que ocurre con la violencia de género en las relaciones de pareja, a trivializar, negar e incluso a justificar la agresión sufrida por la víctima.

Existe una gran diversidad de estudios teóricos que han intentado conocer por qué se producen las agresiones sexuales, desde los más clásicos que abordan la violencia sexual con una visión psicopatológica, considerando la actuación del agresor como una desviación de su conducta sexual, a los estudios feministas que ponen el acento en su carácter de problema social y no intra-psíquico al considerarse que se produce en las sociedades en las que existe un desequilibrio de poder entre hombres y mujeres, que

---

<sup>10</sup>Rtve.es: <[http://www.rtve.es/alacarta/videos/telediario/td1-violencia-genero-300117/3891664/http://www.telecinco.es/informativos/sociedad/asesinato-intento\\_de\\_suicidio-violencia\\_de\\_genero-demencia-problemas\\_mentales-O\\_Carballino-Orense\\_2\\_2316330119.html](http://www.rtve.es/alacarta/videos/telediario/td1-violencia-genero-300117/3891664/http://www.telecinco.es/informativos/sociedad/asesinato-intento_de_suicidio-violencia_de_genero-demencia-problemas_mentales-O_Carballino-Orense_2_2316330119.html)> [8 enero 2017].

<sup>11</sup>Ecodiario: <<http://ecodiario.eleconomista.es/espana/noticias/4989047/07/13/Debate-sobre-las-chicas-desnudas-en-San-Fermin-cuando-es-agresion-sexual.html>> [14 enero 2017].

origina una dominación de los primeros sobre las segundas<sup>12</sup>. Estas teorías son secundadas por Wrightsman<sup>13</sup>, que relaciona la violación con la tendencia de los hombres a poseer, dominar y maltratar a la mujer. Las investigaciones efectuadas desde la psicología social<sup>14</sup>, señalan que las relaciones de poder, los roles asignados y la elaboración de estereotipos acaban por determinar actitudes colectivas y comportamientos individuales.

Diferentes investigaciones han intentado establecer los rasgos de las víctimas y de los agresores potenciales, así como las expectativas de reincidencia de los últimos. Burt<sup>15</sup> en el mundo anglosajón, y, posteriormente, Pascual<sup>16</sup> en España, pusieron de relieve la correlación existente entre las actitudes favorecedoras de la violencia contra la mujer y aquellas percepciones sociales de la violación que asumen que la mujer va pidiendo “guerra” para ser agredida sexualmente y que además disfruta con ello. Los prejuicios contribuyen, así mismo, al desarrollo de las teorías que definen a las víctimas como personas con psicopatologías<sup>17</sup>, a los agresores son unos “pobres diablos locos” o que “estaban bebidos”, que buscan satisfacer “sus deseos” o las que clasifican a las agredidas en función de su estilo de vida<sup>18</sup>, como los tópicos de que las agresiones afectan a “ciertas mujeres”; que sólo les ocurre a las mujeres jóvenes y que son ellas las que les provocan, con la ropa, maquillaje, etc., porque “las chicas buenas están en casa a su hora y no son violadas”. Sin embargo distintos estudios demuestran que estas creencias populares carecen de fundamento ya que no existe una única causa para que se

---

<sup>12</sup> Entre ellos cabe destacar: Sanday, P. R. “The social-cultural context of rape: a cross-cultural study”, en *The Journal of Social Issues*, 1981, pp. 5-37. Ringer, S., y Gordon, M.T. “The fear of rape: A study in social control”, en *Journal of Social Issues*. 1981, pp. 37, 71-92. Lottes, I.L. “Sexual socialization and attitudes toward rape”, en Burges, A. W., (ed), *Rape and sexual assault II*, New-York, Garland. 1988.

<sup>13</sup> Wrightsman, L.S. *Psychology and the legal system*, 2ª edición, California, Brooks/Cole Publishing, Pacific Grove. 1991.

<sup>14</sup> Mikgran, S., y Hollander, P. “The murder they heard”, en Hartogs, R., (ed), *Violence: causes and solutions*, New-York, Dell publishing. 1970.

<sup>15</sup> Burt, M. R. “Cultural myths and support for rape”, en *Journal of Personality and Social Psychology*. 1980, pp. 38-40, 217-230.

<sup>16</sup> Pascual, R., Pulido, A., Arcos, A., y Garrido, V. “Actitudes sociales ante el delito de violación”, en *Delincuencia*. 1989, pp. 1-2, 59-80.

<sup>17</sup> Recuérdese el mito de Lolita o provocación de la víctima descrito entre otros por: Fattah, E. A. “Some recent theoretical developments in victimology”, en *Victimology*. 1979, pp. 198-213. Estas teorías han sido desacreditadas por los estudios realizados entre otros por: Joutsen, M. *The role of the victim of crime in European criminal justice system*, Helsinki 1987. Marletzky. *Treating The sexual offender*, Newbury, Park Sage. 1991.

<sup>18</sup> Entre ellas destacamos: Hindelang, M.J., Gottfredsn, M.R., Garofal, J. *Victims of personal crime: an empirical foundation for a theory of personal victimization*. Cambridge. 1978. Ballinger, Vazquez, B. “La violencia familiar y la agresión sexual como objeto de la pericia psicológica”, en Urra, J., y Vazquez, B., *Manual de psicología forense*, Madrid, Siglo XXI. 1993.

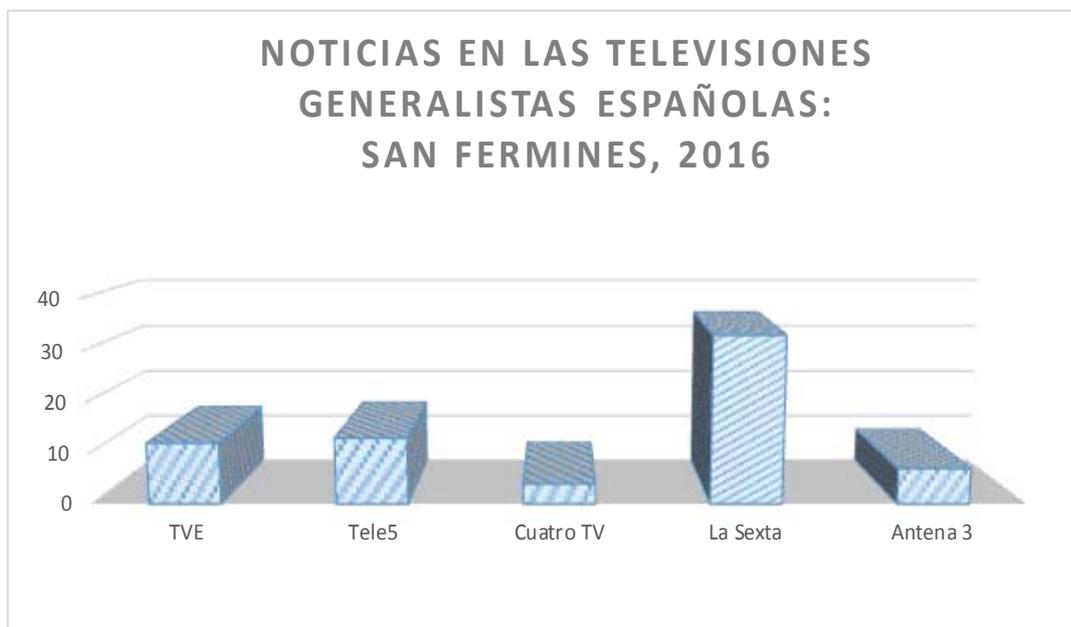
produzca la agresión sexual; en esta línea se inscriben los trabajos de Scully y Marolla<sup>19</sup>, y de los hermanos M. y J. A. Lorente Acosta, que sostienen que “la agresión puede ser por motivos situacionales, en las que el agresor quiere satisfacer sus deseos sexuales, porque considera a la víctima vulnerable o por motivos puramente sexuales, al necesitar forzar a la mujer para conseguir la satisfacción sexual”<sup>20</sup>.

## 2. Resultados

La muestra seleccionada se tomó de los informativos de las cadenas generalistas españolas; TVE, Telecinco, CuatroTV, Antena 3 y La Sexta Noticias, durante el período coincidente con las fiestas y prolongándose en el tiempo a consecuencia del cariz de los acontecimientos, siendo registradas noticias hasta el mes de diciembre, en algunas de ellas. El total de las noticias analizadas fue de 37, distribuidas de la siguiente manera: 12 en TVE, 13 en Telecinco5, 4 en Noticias 4, 33 en la Sexta Noticias y 7 en Antena 3 noticias.

**Grafico 1.**

**Noticias en las televisiones generalistas. Agresiones sexuales. San Fermes 2016.**



**Fuente: elaboración propia**

<sup>19</sup> SCully, D., y Marolla, J. “Convicted rapist’s vocabulary of motive: Excuses and justifications”, en *Social Problems*. 1984, pp. 530 -544.

<sup>20</sup> Lorente Acosta, M., Lorente Acosta, J. A. *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso*, Granada, Comares, 1998, pp.138.

### 3. Discusión de Resultados. Tratamiento de las noticias

En TVE las noticias vinculadas a este tema están tratadas como un acontecimiento con algún comentario, representando los hechos y reproduciendo la realidad sin entrar a valorarla. Por ejemplo, los comentarios los vehiculizan personas de autoridad tanto civiles o policiales. En la noticia del 7 de Julio de 2016, la Concejala de Igualdad del Ayuntamiento de Pamplona dirá: "... ha podido ser acompañada por gente que pasaba por ahí. Insistimos desde el Ayuntamiento que la colaboración ciudadana es muy importante, que la gente no permanezca impasible". Y un poco más adelante una Técnica del Servicio de Atención a la Mujer: "El abuso de drogas y el alcohol, no justifica ningún tipo de agresión sexista, ni el hecho tampoco en el que se creen entornos en el que la libertad de las mujeres pueda quedar limitada". O el comentario de una representante de la Asociación Lunes Lila contra la violencia sexista: "Si yo no quiero, es que no. Y no tienes ningún derecho ni a tocarme ni a meterte conmigo, ni obligarme absolutamente a nada", o la Delegada del Gobierno, instando a denunciar las agresiones sexuales. En la siguiente noticia el comentario será vehiculado por una mujer joven: "A mí me ha pasado en alguna ocasión de ir tranquilamente con las amigas y de repente, pasar un tío y tocarme directamente los pechos", achacándolo a un consumo mayor de alcohol. Comienza con fines y educativos. Más tarde evoluciona hacia componentes aleccionadores: "Uno de ellos es Guardia Civil, si se confirma su participación en la agresión, será expulsado del cuerpo". La noticia llevará un desarrollo progresivo de siete días (del 7 al 14 de julio de 2016), retomándose dos días más en noviembre cuando se reabre el caso (10 y 23 de noviembre de 2016).

Antena 3 sigue una línea de presentación de los hechos y acontecimientos, intercalando algunas opiniones o comentarios de personas de la calle y autoridades, entremezclando opiniones de figuras de autoridad y personas anónimas. La diferencia con otros medios es la presentación con nombres y apellidos, junto a la foto de las fiestas, en la noticia que surge en septiembre cuando los cinco testifican desde la cárcel, con una intención vergonzante y aleccionadora. Existe en este caso una valoración de los hechos.

En Telecinco, y en la Cuatro, las noticias sobre agresiones sexuales comienzan describiendo los hechos, encabezados la constatación de que uno de los violadores es un guardia civil alumno. La víctima, de 18 años, comenta la narradora está bajo tutela del Ayuntamiento. Más adelante entrevistan a la madre de otra víctima: "¿Pero a ninguno de los cinco se le ocurrió decir, basta que estamos haciendo? No lo entiendo". Llevando la

noticia al campo de la valoración. Las personas entrevistadas son las que van a ir construyendo la noticia con sus opiniones. Las imágenes subyacentes son más explícitas, de chicas desnudándose; frente al lenguaje y el mensaje discursivo, que sigue una línea mucho más correcta, como, por ejemplo, la opinión vertida por un experto en Violencia de Género que denuncia: “Lo que ocurre en los ambientes festivos, como sucede en Pamplona, es que se aprovechan las oportunidades que refuerzan los mitos tradicionales, que cuando la mujer bebe, está de alguna manera insinuándose”. Ante una afirmación tan importante, las imágenes de apoyo son de mujeres jóvenes a hombros rodeadas de hombres que le tiran bebida e intentan desnudarlas.

En noticias sucesivas se muestra a cara descubierta a tres de los primeros agresores al salir de los juzgados tras haber sido condenados a una multa por el delito cometido. Tras ello, surgen de nuevo los comentarios de la gente de las personas denunciando estos hechos. Finalmente dan voz indirecta a uno de los agresores manifestando que va a denunciar él a la chica por falsa denuncia. Valoraciones, opiniones y comentarios que califican a los violadores: “Son personas perversas, a nivel emocional. Personas que desde luego son hombres de la caverna”, comentan unas psicólogas. “No se comportarían de la misma manera individual que en el grupo”, “un verles como *machos*, como el hombre”, “ellos ven un objeto, alguien a quien pueden con todo su derecho maltratar de la forma más bestial, que es la violación”. Alternados los comentarios con los mensajes que se enviaban el grupo a sus amigos encantados con lo que estaban haciendo.

Otra cuestión significativa es la presentación de los “presuntos” violadores con los rostros pixelados y construyen la noticia como si un relato se tratase, introduciendo comentarios, valoración de los hechos y acontecimientos hablando al receptor en primera persona: “... Vean cómo preparaban su viaje a Pamplona: “Estas vacaciones son la prueba de fuego para ser un lobo (...) Hay que empezar a preparar el cloroformo, los reinales, las cuerdas, para no cogernos los dedos porque luego queremos violar todos”. Hablan abiertamente de violación... Y ninguno de los integrantes de la manada, como se hacen llamar en su chat, se sorprende de un mensaje tan brutal y tan claro. Escuchen ahora este otro: “¿Llevamos burundanga?, tengo reinales tiraditos de precio. Para las violaciones”. Ello hace pensar que este sería el *modus operandi* de los cinco acusados de la presunta violación en grupo. Telecinco cubrió la noticia durante el período de las fiestas, pero siguió emitiendo noticias relacionadas hasta el mes de octubre. En la Cuatro, las noticias se retrotraen al período de las fiestas de San Fermín.

La sexta supone el caso más significativo puesto que las noticias comienzan a emitirse desde el día del inicio de las fiestas, con una gran profusión de las mismas. Y aunque hay diversas denuncias por agresiones sexuales, en donde el tratamiento es semejante al de las demás cadenas, con unos fines mostrativos y asépticos<sup>21</sup>, vamos a centrar el análisis en el caso de la violación múltiple por parte de la denominada “La manada”. Las primeras noticias relacionadas con el tema, ya proponen un tratamiento de las mismas diferente al resto de las cadenas, cuestionándose la veracidad de la denuncia y poniendo en entredicho que sea cierta la agresión. La voz se plantea desde el punto de vista de los agresores, escuchando al abogado de alguno de ellos y cuestionando el hecho de que las declaraciones de la chica sean verdaderas. “Parece algo sorprendente que alguien que haya cometido un delito, ponga a disposición de las fuerzas de orden público, la prueba evidente de la comisión de ese delito”, afirma en varias noticias el abogado de uno de los acusados. Se incorporan incluso signos de puntuación, como fundidos a negro, reforzando la idea de estar asistiendo a una dramatización. Avanzando en la progresión de las noticias y preguntado de nuevo este mismo abogado dirá: “ni como se quiere dar a entender, ningún *modus operandi* de una especie de banda organizada, para la comisión de delitos de índole sexual”. A continuación de estas declaraciones se muestran datos de las conversaciones por chat en donde comentan que había que hacer méritos para pertenecer a la banda.

El tratamiento inicial de la víctima queda recogido vehiculizadas por una voz en off -masculina- o hilo conductor: “se sentía muy sucia, con recuerdos recurrentes del olor de las colonias de los “supuestos” agresores, con sentimientos de culpabilidad por no haber seguido las directrices de sus padres”. Una joven que debe seguir siendo tutorizada por sus padres al no tener capacidad de ser aún lo suficientemente juiciosa como para ser autónoma. En definitiva, explica la causa y culpabiliza a la agredida por su forma de actuar. La noticia continúa poniendo en entredicho las declaraciones de la víctima recalcando esto con las declaraciones del abogado de los violadores, que apenas en ningún momento mira a cámara: “El contenido de un informe psicológico no deriva en forma alguna la verosimilitud o no de la denuncia porque, si no, de hecho, ¿de qué servirían los juzgados?, eliminarías a los jueces por psicólogos -con cara de burla- y simplemente estableceríamos que si el psicólogo entiende que la acción es verosímil,

---

<sup>21</sup>Véase por ejemplo el tratamiento de esta noticia del 11 de Julio de 2016 en: <[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/el-terrible-testimonio-de-la-joven-agredida-por-cinco-chicos-en-san-fermin-me-tiraron-al-suelo-me-quitaron-el-sujetador-y-los-botones-del-pantalon\\_2016071457878e706584a86fb36b328d.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/el-terrible-testimonio-de-la-joven-agredida-por-cinco-chicos-en-san-fermin-me-tiraron-al-suelo-me-quitaron-el-sujetador-y-los-botones-del-pantalon_2016071457878e706584a86fb36b328d.html)> [17 enero 2017].

pues ya eliminaríamos todo informe probatorio”. Sin embargo, los informes psicológicos son considerados como elementos valorativos en busca de la realidad de los acontecimientos. En efecto, el Tribunal Supremo el 21 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9624) dicta sentencia: “la psicología permite aportar medios de conocimiento, que el Tribunal no podría ignorar en su juicio sobre la credibilidad del testigo y que, por sí mismo no podría obtener en razón del carácter científico especializado de los mismos”, aunque no sea vinculante. Finalmente, el narrador dice que el informe psicológico efectuado a la víctima recomienda que tenga tratamiento psicológico para que las secuelas no sean de por vida.

Las siguientes noticias, aunque ya hay dictámenes de los jueces que deciden que es una agresión sexual, mantienen el tratamiento de “relación consentida” y explican los pasos de los agresores, incluso en agresiones anteriores. En días posteriores, cuando la sentencia es firme de que permanezcan en la cárcel los violadores, construyen un formato mucho más estándar en donde se ofrecen los datos de forma mucho más aséptica, volcando la noticia como un acontecimiento con representación de los hechos y reproducción de la realidad, sin valorarla<sup>22</sup>. Tres meses después de los hechos sucedidos, en octubre de 2016, la noticia recupera de nuevo el carácter dramático al ofrecer un comentario, una opinión y una valoración de la misma, desvelando la forma de funcionar que tenían como banda constituida para violar, robar e incluso matar y termina diciendo que: “tres meses después continúan en la cárcel a la espera de un, *vis a vis* con sus novias”. No están por tanto a la espera de un juicio, si no de satisfacer sus necesidades primarias con sus novias, lo que conlleva que tienen una vida privada al margen de sus agresiones sexuales. ¿Un intento de normalizar a los violadores?

La sexta ofrece desde el inicio un tratamiento de la noticia de diferente forma y manera al resto de las cadenas de televisión generalistas analizadas.

#### 4. Conclusiones

La conclusión fundamental que se puede obtener de esta investigación, es que, en un porcentaje elevado de noticias, se tiende a mostrar los hechos y acontecimientos de forma objetiva, dando un nuevo giro paradigmático, sobre todo vinculado a la cadena estatal, construyendo los acontecimientos a modo de mimesis o reproducción de la

---

<sup>22</sup> La sexta. <[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/los-cinco-detenidos-por-violar-a-una-joven-en-los-san\\_20160729579bb63b4beb2802bd2b579b.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/los-cinco-detenidos-por-violar-a-una-joven-en-los-san_20160729579bb63b4beb2802bd2b579b.html)> [17 enero 2017].

realidad sin entrar en valoraciones subjetivas. En el otro extremo del paradigma se sitúa La Sexta Noticias, que introduce comentarios, opiniones y valoraciones sobre la noticia, dirigiendo la opinión del receptor de manera bastante explícita. Aunque los titulares sitúen el acontecimiento, el tratamiento y construcción del mismo ofrece otra vertiente, mucho más sesgada e ideologizada.

### Referencias Bibliográficas

- Aguaded-Gómez, I., y Pérez-Rodríguez, M.A. "Strategies for media literacy: Audiovisual skills and the citizenship in Andalusia". *Journal of New Approaches in Educational Research*, 2012, N. 1, pp. 22-26
- Aguilar-Paredes, C., Gómez-Domínguez, P., Villanueva-Baselga, S. y Sánchez-Gómez, L. "Propuesta de un índice de la calidad informativa de las telenoticias de las televisiones autonómicas españolas". *El profesional de la información*. 2016. V. 25. N. 1, pp.75-87.
- Charaudeau, P. *El discurso de la información. La construcción del espejo social*. España: Gedisa. 2003
- Díaz, R., González, M.J., y Aparicio, D. "Parámetros de calidad en la información de televisión. La metodología del observatorio de la calidad de la información en televisión". *Ámbitos*, 2015. N.30, pp. 4.
- Ferrer, I. *Análisis de la espectacularización de la información en los informativos televisivos de actualidad diaria y su incidencia en el espectador*. Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona. 2011.
- Levy, Mark R. and Robinson. John P. "The 'huh'?" factor: Untangling TV News". *ETC: A Review of General Semantics*, 1987. V. 44. N.1, pp.48.
- Mas, L. *Discurso informativo 2.0. La estructura formal, textual y oral de la noticia en el s. XXI*. Editorial UOC. Barcelona. 2014
- Patterson, Thomas E. (2000). *Doing well and doing good: How soft news and critical journalism are shrinking the news audience and weakening democracy - and what news outlets can do about it*. Cambridge: Harvard University Press. 2000.
- Puente, S. "Acción humana como reportero". *Cuadernos.info*. 1995. N10. pp. 76-81.
- Sánchez Cid, M., Benítez, A.J. y Stepanian Taracido, E.M. "Aprender a reconocer la manipulación en informativos de TV: el caso de Telemadrid, 2003-2012". En *Actas del I Congreso Internacional Comunicación y Pensamiento. Comunicacion y desarrollo social (1318-1339)*, Sevilla: Egregius. 2016

**Enlace noticias**

## 1.- San Fermines TVE

<http://www.rtve.es/temas/sanfermines/48230/>

<http://www.rtve.es/noticias/20160707/detienen-cinco-personas-presunta-agresion-sexual-primera-noche-san-fermin/1368080.shtml>

<http://www.rtve.es/alcarta/videos/la-manana/san-fermin-2016-agresiones-sexuales/3656708/>

<http://www.rtve.es/noticias/20160708/uno-detenido-agresion-sexual-pamplona-alumno-academia-guardia-civil/1368645.shtml>

<http://www.rtve.es/noticias/20160709/prision-delitos-agresion-sexual-para-cinco-detenido-pamplona/1368821.shtml>

<http://www.rtve.es/alcarta/videos/telediario/preocupacion-abusos-agresiones-sexuales-sanfermines/1932150/>

<http://www.rtve.es/alcarta/videos/telediario/desde-inicio-sanfermines-se-han-denunciado-cuatro-violaciones-15-agresiones-abusos-sexuales/3660231/>

<http://www.rtve.es/noticias/20160713/detenido-presunto-autor-nuevo-abuso-sexual-sanfermines/1370862.shtml>

<http://www.noticiasdenavarra.com/2016/07/13/especiales/sanfermines-2016/victoria-lafora-culpa-a-los-encierros-de-las-agresiones-sexistas>

<http://www.rtve.es/noticias/20160714/detenido-otro-joven-como-presunto-autor-agresion-sexual-menor-pamplona/1371088.shtml>

<http://www.rtve.es/noticias/20161110/procesado-violacion-sanfermines-investigado-abusos-sevilla/1440748.shtml>

<http://www.rtve.es/noticias/20161123/audiencia-provincial-confirma-procesamiento-cinco-investigados-violacion-sanfermines/1446612.shtml>

## 2-San Fermines Tele5

[http://www.telecinco.es/informativos/sociedad/agresiones\\_sexuales\\_San\\_Fermin-Sanfermines-Sanfermines\\_2016\\_2\\_2207655162.html](http://www.telecinco.es/informativos/sociedad/agresiones_sexuales_San_Fermin-Sanfermines-Sanfermines_2016_2_2207655162.html)

[http://www.telecinco.es/informativos/Agresion\\_sexual\\_Pamplona-Sanfermines-Detenido\\_agresiones\\_sexistas-Sanfermines\\_2016\\_2\\_2208180102.html](http://www.telecinco.es/informativos/Agresion_sexual_Pamplona-Sanfermines-Detenido_agresiones_sexistas-Sanfermines_2016_2_2208180102.html)

[http://www.telecinco.es/informativos/sociedad/agresiones-sexuales-ultimas-San-Fermines\\_2\\_2209230059.html](http://www.telecinco.es/informativos/sociedad/agresiones-sexuales-ultimas-San-Fermines_2_2209230059.html)

[http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/Alcalde-Pamplona-violaciones-San-Fermin\\_0\\_2209725069.html](http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/Alcalde-Pamplona-violaciones-San-Fermin_0_2209725069.html)

[http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/detenciones\\_en\\_Pamplona-Pamplona-abusos\\_sexuales\\_Pamplona-violaciones\\_Sanfermines-San\\_Fermin\\_2016\\_0\\_2210250296.html](http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/detenciones_en_Pamplona-Pamplona-abusos_sexuales_Pamplona-violaciones_Sanfermines-San_Fermin_2016_0_2210250296.html)

[http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/Sanfermines-Sanfermines\\_2016-agresiones\\_sexuales\\_0\\_2211300149.html](http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/Sanfermines-Sanfermines_2016-agresiones_sexuales_0_2211300149.html)

[http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/abusos\\_sexuales\\_Pamplonas-violaciones\\_Sanfermines-abusos\\_sexuales\\_fiesta\\_San\\_Fermin\\_2\\_2218155111.html](http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/abusos_sexuales_Pamplonas-violaciones_Sanfermines-abusos_sexuales_fiesta_San_Fermin_2_2218155111.html)

[http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/culpables\\_abuso\\_sexual\\_Sanfermines-Sanfermines\\_2016\\_2\\_2224980103.html](http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/culpables_abuso_sexual_Sanfermines-Sanfermines_2016_2_2224980103.html)

[http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/Abusos\\_sexuales-sanfermines-redes\\_sociales\\_2\\_2229705121.html](http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/Abusos_sexuales-sanfermines-redes_sociales_2_2229705121.html)

[http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/Pamplona-San\\_Fermin\\_violaciones-declaracion\\_judicial-acusados\\_de\\_violacion\\_multiple\\_0\\_2237025796.html](http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/Pamplona-San_Fermin_violaciones-declaracion_judicial-acusados_de_violacion_multiple_0_2237025796.html)

[http://www.telecincinco.es/informativos/nacional/violacion\\_Sanfermines-San\\_Fermin-Sanfermines-Sanfermines\\_2016-abusos\\_Sanfermines-abuso\\_sexual\\_San\\_Fermin-burundanga\\_0\\_2248575686.html](http://www.telecincinco.es/informativos/nacional/violacion_Sanfermines-San_Fermin-Sanfermines-Sanfermines_2016-abusos_Sanfermines-abuso_sexual_San_Fermin-burundanga_0_2248575686.html)

[http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/violacion\\_Sanfermines-Sanfermines-Sanfermines\\_2016\\_0\\_2248575645.html](http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/violacion_Sanfermines-Sanfermines-Sanfermines_2016_0_2248575645.html)

[http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/violacion\\_Sanfermines-Sanfermines-Sanfermines\\_2016\\_2\\_2261730005.html](http://www.telecincinco.es/informativos/sociedad/violacion_Sanfermines-Sanfermines-Sanfermines_2016_2_2261730005.html)

### 3.- Sanfermines Cuatro

[http://www.cuatro.com/noticias/sociedad/agresiones\\_sexuales\\_San\\_Fermin-Sanfermines-Sanfermines\\_2016\\_2\\_2207655164.html](http://www.cuatro.com/noticias/sociedad/agresiones_sexuales_San_Fermin-Sanfermines-Sanfermines_2016_2_2207655164.html)

[http://www.cuatro.com/noticias/sociedad/Pamplona-agresion\\_sexual-Sanfermines\\_0\\_2208675096.html](http://www.cuatro.com/noticias/sociedad/Pamplona-agresion_sexual-Sanfermines_0_2208675096.html)

[http://www.cuatro.com/noticias/sociedad/Concentracion-agresion\\_sexual-San\\_Fermin-sanfermines-Pamplona\\_2\\_2018655195.html](http://www.cuatro.com/noticias/sociedad/Concentracion-agresion_sexual-San_Fermin-sanfermines-Pamplona_2_2018655195.html)

[http://www.cuatro.com/noticias/espana/Whatsapp-Violacion-San\\_Fermin-Abusos\\_sexuales-La\\_manada\\_2\\_2229180091.html](http://www.cuatro.com/noticias/espana/Whatsapp-Violacion-San_Fermin-Abusos_sexuales-La_manada_2_2229180091.html)

#### 4.- Sanfermines Antena3

[http://www.antena3.com/noticias/sociedad/cinco-detenidos-presunta-agresion-sexual-primera-noche-fiestas-san-fermin\\_20160707577e4b476584a8a21bd2c1c3.html](http://www.antena3.com/noticias/sociedad/cinco-detenidos-presunta-agresion-sexual-primera-noche-fiestas-san-fermin_20160707577e4b476584a8a21bd2c1c3.html)

[http://www.antena3.com/noticias/sociedad/cinco-acusados-violacion-multiple-fiestas-san-fermin-declaran-este-viernes-juez\\_2016090257c92a6b0cf28cf698b7ec7e.html](http://www.antena3.com/noticias/sociedad/cinco-acusados-violacion-multiple-fiestas-san-fermin-declaran-este-viernes-juez_2016090257c92a6b0cf28cf698b7ec7e.html)

[http://www.antena3.com/noticias/sociedad/la-joven-violada-en-san-fermin-llego-un-momento-en-que-era-incapaz-de-ver-quien-me-hacia-cada-cosa\\_2016091757dd5e580cf251f2ac15eeb4.html](http://www.antena3.com/noticias/sociedad/la-joven-violada-en-san-fermin-llego-un-momento-en-que-era-incapaz-de-ver-quien-me-hacia-cada-cosa_2016091757dd5e580cf251f2ac15eeb4.html)

[http://www.antena3.com/noticias/espana/los-presuntos-violadores-de-pamplona-investigados\\_2016100557f558160cf2a2e945b102cf.html](http://www.antena3.com/noticias/espana/los-presuntos-violadores-de-pamplona-investigados_2016100557f558160cf2a2e945b102cf.html)

[http://www.antena3.com/noticias/sociedad/la-hermana-de-uno-de-los-acusados-que-me-explique-un-medico-si-un-hombre-se-puede-convertir-en-violador-de-la-noche-a-la-manana\\_20161018580557090cf26449f5df924d.html](http://www.antena3.com/noticias/sociedad/la-hermana-de-uno-de-los-acusados-que-me-explique-un-medico-si-un-hombre-se-puede-convertir-en-violador-de-la-noche-a-la-manana_20161018580557090cf26449f5df924d.html)

[http://www.antena3.com/noticias/sociedad/procesado-violacion-sanfermines-investigado-abusos-sevilla\\_20161110582463320cf24962cc1f6006.html](http://www.antena3.com/noticias/sociedad/procesado-violacion-sanfermines-investigado-abusos-sevilla_20161110582463320cf24962cc1f6006.html)

[http://www.antena3.com/noticias/deportes/futbol/ultras-sevilla-homenajean-prenda-cabecilla-presuntos-violadores-san-fermin-sadar\\_201701235885da460cf2d32115f05b45.html](http://www.antena3.com/noticias/deportes/futbol/ultras-sevilla-homenajean-prenda-cabecilla-presuntos-violadores-san-fermin-sadar_201701235885da460cf2d32115f05b45.html)

#### 5.- Sanfermines La Sexta

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/imagenes-tocamientos-vuelven-san-fermin-pese-aumento-seguridad-ayuntamiento-pamplona\\_20160707577e2cd34beb28bc58916bc5.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/imagenes-tocamientos-vuelven-san-fermin-pese-aumento-seguridad-ayuntamiento-pamplona_20160707577e2cd34beb28bc58916bc5.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/manada-asegura-que-ella-empezo-realizar-felaciones-victima-que-fue-obligada-versions-enfrentadas-violacion-multiple-san-fermin\\_20161201584012120cf245500acdacd5.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/manada-asegura-que-ella-empezo-realizar-felaciones-victima-que-fue-obligada-versions-enfrentadas-violacion-multiple-san-fermin_20161201584012120cf245500acdacd5.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/victima-violacion-multiple-san-fermin-obligaron-hacer-felacion-cada-uno-luego-penetraron-cuatro\\_20161130583ec9800cf276451fceda8f.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/victima-violacion-multiple-san-fermin-obligaron-hacer-felacion-cada-uno-luego-penetraron-cuatro_20161130583ec9800cf276451fceda8f.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/uno-acusados-violacion-joven-san-fermin-declara-lagrimas-soy-violador-odio-violadores\\_2016112458370b220cf244336f13ef7b.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/uno-acusados-violacion-joven-san-fermin-declara-lagrimas-soy-violador-odio-violadores_2016112458370b220cf244336f13ef7b.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/audiencia-confirma-procesamiento-cinco-acusados-violacion-grupal-san-fermin\\_201611235835cb670cf24c3ff6a0a28b.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/audiencia-confirma-procesamiento-cinco-acusados-violacion-grupal-san-fermin_201611235835cb670cf24c3ff6a0a28b.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/uno-acusados-violacion-san-fermin-denuncia-absoluta-indefension-causa-inquisitorial\\_20161101581847010cf24962cc108f75.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/uno-acusados-violacion-san-fermin-denuncia-absoluta-indefension-causa-inquisitorial_20161101581847010cf24962cc108f75.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/cinco-acusados-violacion-multiple-san-fermin-seguiran-prision-fianza\\_20161025580f79620cf2d6cc9cbc4c02.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/cinco-acusados-violacion-multiple-san-fermin-seguiran-prision-fianza_20161025580f79620cf2d6cc9cbc4c02.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/hermana-uno-acusados-violacion-san-fermin-dan-igual-barbaridades-que-escriban-hermano-sus-amigos-son-inocentes\\_201610185805bf120cf2df3e4b6c9de2.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/hermana-uno-acusados-violacion-san-fermin-dan-igual-barbaridades-que-escriban-hermano-sus-amigos-son-inocentes_201610185805bf120cf2df3e4b6c9de2.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/los-whatsapps-de-los-acusados-de-las-violaciones-en-san-fermin-y-pozoblanco-desvelan-que-pueden-haber-violado-a-mas-chicas\\_201610175804cb930cf2df3e4b6b70f9.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/los-whatsapps-de-los-acusados-de-las-violaciones-en-san-fermin-y-pozoblanco-desvelan-que-pueden-haber-violado-a-mas-chicas_201610175804cb930cf2df3e4b6b70f9.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/nuevos-whatsapps-de-los-acusados-por-la-violacion-en-san-fermin-hay-que-empezar-a-buscar-el-cloroformo-los-reinoles-las-cuerdas-para-no-cogernos-los-dedos-porque-despues-queremos-violar-todos\\_20161016580372760cf26449f5dd0d09.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/nuevos-whatsapps-de-los-acusados-por-la-violacion-en-san-fermin-hay-que-empezar-a-buscar-el-cloroformo-los-reinoles-las-cuerdas-para-no-cogernos-los-dedos-porque-despues-queremos-violar-todos_20161016580372760cf26449f5dd0d09.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/muy-sucia-culpable-y-con-el-olor-de-los-agresores-en-la-cabeza-asi-se-sintio-la-victima-de-la-violacion-de-san-fermin\\_2016101357ff838e0cf2a2e945be1084.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/muy-sucia-culpable-y-con-el-olor-de-los-agresores-en-la-cabeza-asi-se-sintio-la-victima-de-la-violacion-de-san-fermin_2016101357ff838e0cf2a2e945be1084.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/el-informe-psicologico-confirma-la-veracidad-del-relato-de-la-victima-de-la-violacion-multiple-de-san-fermin\\_2016101257fe34030cf2fd8cc6b34bda.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/el-informe-psicologico-confirma-la-veracidad-del-relato-de-la-victima-de-la-violacion-multiple-de-san-fermin_2016101257fe34030cf2fd8cc6b34bda.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/el-juez-tumba-los-argumentos-de-defensa-de-los-acusados-por-la-violacion-en-san-fermin-aludiendo-al-video-que-grabaron\\_2016100757f79dcf0cf2a2e945b3e944.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/el-juez-tumba-los-argumentos-de-defensa-de-los-acusados-por-la-violacion-en-san-fermin-aludiendo-al-video-que-grabaron_2016100757f79dcf0cf2a2e945b3e944.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/los-acusados-de-violar-a-una-joven-en-san-fermin-seguiran-en-prision\\_2016100657f6c8ef0cf2fd8cc6a9a454.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/los-acusados-de-violar-a-una-joven-en-san-fermin-seguiran-en-prision_2016100657f6c8ef0cf2fd8cc6a9a454.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/la-victima-de-cordoba-de-los-acusados-por-la-violacion-de-san-fermin-no-denuncio-al-no-recordar-nada-pese-a-tener-dolor-y-hematomas-en-los-muslos\\_2016100657f64b290cf2fd8cc6a8e996.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/la-victima-de-cordoba-de-los-acusados-por-la-violacion-de-san-fermin-no-denuncio-al-no-recordar-nada-pese-a-tener-dolor-y-hematomas-en-los-muslos_2016100657f64b290cf2fd8cc6a8e996.html)

- [http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/siguieron-de-fiesta-tras-la-violacion-se-jactaron-y-sus-amigos-no-denunciaron-asi-actuaba-la-manada\\_2016100657f64d350cf2a2e945b22aac.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/siguieron-de-fiesta-tras-la-violacion-se-jactaron-y-sus-amigos-no-denunciaron-asi-actuaba-la-manada_2016100657f64d350cf2a2e945b22aac.html)
- [http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/pozoblanco-investiga-victima-cordobesa-acusados-violacion-san-fermin-denuncio-policia\\_2016100657f5f23c0cf2fd8cc6a86f26.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/pozoblanco-investiga-victima-cordobesa-acusados-violacion-san-fermin-denuncio-policia_2016100657f5f23c0cf2fd8cc6a86f26.html)
- [http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/los-acusados-por-la-violacion-en-san-fermin-se-rieron-en-whatsapp-de-su-victima-de-cordoba-que-habilidad-conduciendo-con-una-mano-y-cogiendo-una-teta-atras\\_2016100557f4fbac0cf2fd8cc6a731d6.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/los-acusados-por-la-violacion-en-san-fermin-se-rieron-en-whatsapp-de-su-victima-de-cordoba-que-habilidad-conduciendo-con-una-mano-y-cogiendo-una-teta-atras_2016100557f4fbac0cf2fd8cc6a731d6.html)
- [http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/abogada-dos-cinco-acusados-violacion-multiple-san-fermin-renuncia-hay-duda-razonable\\_2016100557f4c7700cf2fd8cc6a6ef78.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/abogada-dos-cinco-acusados-violacion-multiple-san-fermin-renuncia-hay-duda-razonable_2016100557f4c7700cf2fd8cc6a6ef78.html)
- [http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/cuatro-acusados-violacion-multiple-san-fermin-fueron-imputados-abusos-sexuales-cordoba\\_2016100457f3958d0cf2a2e945aed7fc.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/cuatro-acusados-violacion-multiple-san-fermin-fueron-imputados-abusos-sexuales-cordoba_2016100457f3958d0cf2a2e945aed7fc.html)
- [http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/los-detenidos-por-violacion-en-san-fermin-hablaron-en-whatsapp-de-follarse-a-una-buena-gorda-entre-los-cinco\\_2016092457e68bf10cf2c80b27bd4fbe.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/los-detenidos-por-violacion-en-san-fermin-hablaron-en-whatsapp-de-follarse-a-una-buena-gorda-entre-los-cinco_2016092457e68bf10cf2c80b27bd4fbe.html)
- [http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/el-juez-de-la-violacion-de-san-fermin-se-aprecia-sometimiento-a-una-apabullante-situacion-de-superioridad-fisica-y-numerica\\_2016092357e57c9b0cf2c80b27bc30c2.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/el-juez-de-la-violacion-de-san-fermin-se-aprecia-sometimiento-a-una-apabullante-situacion-de-superioridad-fisica-y-numerica_2016092357e57c9b0cf2c80b27bc30c2.html)
- [http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/acusado-violacion-san-fermin-ella-dijo-que-podia-dos-cinco-que-hiciera-falta\\_2016092157e261030cf2b0b9c5aa428c.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/acusado-violacion-san-fermin-ella-dijo-que-podia-dos-cinco-que-hiciera-falta_2016092157e261030cf2b0b9c5aa428c.html)
- [http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/declaran\\_2016091757dda46e0cf2f66f47e645a7.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/declaran_2016091757dda46e0cf2f66f47e645a7.html)
- [http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/nuevo-video-supuesta-violacion-san-fermin-clave-interrogatorio-juez-cinco-acusados\\_2016090257c912700cf28cf698b7d8e1.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/nuevo-video-supuesta-violacion-san-fermin-clave-interrogatorio-juez-cinco-acusados_2016090257c912700cf28cf698b7d8e1.html)
- [http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/una-vecina-del-portal-donde-tuvo-lugar-la-violacion-multiple-en-san-fermin-cuenta-ante-el-juez-como-uno-de-los-acusados-se-colo-al-edificio-detras-de-ella\\_2016091857deedd0cf251f2ac17b055.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/una-vecina-del-portal-donde-tuvo-lugar-la-violacion-multiple-en-san-fermin-cuenta-ante-el-juez-como-uno-de-los-acusados-se-colo-al-edificio-detras-de-ella_2016091857deedd0cf251f2ac17b055.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/cuatro-acusados-violacion-multiple-san-fermin-fueron-imputados-abusos-sexuales-cordoba\\_2016100457f3958d0cf2a2e945aed7fc.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/cuatro-acusados-violacion-multiple-san-fermin-fueron-imputados-abusos-sexuales-cordoba_2016100457f3958d0cf2a2e945aed7fc.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/el-abogado-de-la-joven-violada-en-las-fiestas-de-san-fermin-pedira-de-12-a-15-anos-de-carcel-para-los-5-acusados\\_2016081857b5b4d10cf2738f2b886d26.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/el-abogado-de-la-joven-violada-en-las-fiestas-de-san-fermin-pedira-de-12-a-15-anos-de-carcel-para-los-5-acusados_2016081857b5b4d10cf2738f2b886d26.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/el-juez-procesa-por-cinco-delitos-de-agresion-sexual-a-los-encarcelados-por-una-violacion-en-los-sanfermines\\_2016080957a9d0630cf2ee0d5fe93974.html](http://www.lasexta.com/noticias/el-juez-procesa-por-cinco-delitos-de-agresion-sexual-a-los-encarcelados-por-una-violacion-en-los-sanfermines_2016080957a9d0630cf2ee0d5fe93974.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/los-cinco-detenidos-por-violar-a-una-joven-en-los-san\\_20160729579bb63b4beb2802bd2b579b.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/los-cinco-detenidos-por-violar-a-una-joven-en-los-san_20160729579bb63b4beb2802bd2b579b.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/juzgados-tres-presuntos-abusadores-sexuales-de-las-fiestas-de-san-fermin\\_201607275798d8966584a8b7b4350966.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/juzgados-tres-presuntos-abusadores-sexuales-de-las-fiestas-de-san-fermin_201607275798d8966584a8b7b4350966.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/detenido-pamplona-acusado-agredir-sexualmente-menor-fiestas-san-fermin\\_20160714578764eb4beb28110a4511ca.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/detenido-pamplona-acusado-agredir-sexualmente-menor-fiestas-san-fermin_20160714578764eb4beb28110a4511ca.html)

[http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/victima-violacion-multiple-san-fermin-tenia-lesion-compatible-agresion-sexual\\_201612075847efe20cf27663e10f3f23.html](http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/victima-violacion-multiple-san-fermin-tenia-lesion-compatible-agresion-sexual_201612075847efe20cf27663e10f3f23.html)



**IX. DERECHOS SEXUALES  
Y REPRODUCTIVOS**



# LOS DERECHOS SEXUALES EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

## SEXUAL RIGHTS IN DEMOCRATIC SOCIETY

Félix López Sánchez  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** En este capítulo se revisan diferentes formulaciones sobre los derechos sexuales y se hace una nueva propuesta organizada de forma didáctica en lugar de un listado de derechos yuxtapuestos. Tiene la ventaja de no olvidar aspectos esenciales de los derechos sexuales y seguir una lógica conceptual.

Se indican también las razones por las que estos derechos no han sido reconocidos a lo largo de la historia y se analizan las resistencias actuales, especialmente por parte de organizaciones religiosas, como la católica y la judía, y países islámicos para aceptarlos.

**Palabras clave:** Sexualidad, Derechos sexuales, Ética sexual.

**Abstract:** In this chapter, different formulations are reviewed on slab sexual rights and makes a new proposal organized an educational way instead of a list of rights juxtaposed. It has the advantage of not forgetting essential aspects of sexual rights and follow a conceptual logic.

Also indicates the reasons why these rights have not been recognized throughout history and discusses current resistances, especially by religious organizations, as Catholic and Jewish and Islamic countries to accept them.

**Key words:** Sexuality, Sexual rights, Sexual ethics.

### 1. ¿Por qué tan mal y tan pocos en relación con la sexualidad y vida amorosa?

Que los derechos sexuales estén poco presentes en las diferentes declaraciones es fácil de explicar. Por un lado, la tradición ilustrada y revolucionaria, sobre la que se asienta el origen de las primeras declaraciones de derechos del hombre, es sexofóbica y sexista, como lo era en general la cultura, por lo era esperable que se olvidaran de los derechos sexuales.

Por otra parte, las distintas religiones estaban y están muy lejos de haberse reconciliado con el hecho sexual humano. La sexualidad, de forma más o menos explícita, está, en la doctrina de las religiones monoteístas, bajo sospecha, es considerada una pasión peligrosa y sucia, ubicada en las "partes bajas", muy alejada de lo que de digno atribuyen al ser humano. Religiones que por otra parte, tienen muchos aspectos positivos desde el punto de vista de la ética general.

En la actualidad, las cosas han cambiado, la mayoría de los cristianos, judíos e incluso no pocos musulmanes son moderados, no son fundamentalistas en sus actitudes y conductas sexuales y amorosas, son tolerantes con las minorías sexuales y defienden

los derechos de la mujer, pero en las tres religiones hay grupos radicalizados muy fundamentalistas, especialmente en el campo sexual y amoroso. Y no solo son los grupos radicalizados los que defienden posiciones fundamentalistas en materia de sexualidad, sino que con frecuencia lo hacen también los dirigentes, como ocurre en el caso de buena parte de la jerarquía católica. El problema no es su doctrina, sino la tendencia a servirse de los poderes políticos para imponer valores y normas, como conocemos bien los españoles que tenemos cierta edad. Lo que ha ocurrido en las diferentes reuniones internacionales patrocinadas por la ONU sobre los derechos de la mujer, los derechos de las minorías y los derechos reproductivos es bien indicativo de la actitud beligerante y fundamentalista de las religiones. La ciencia y los profesionales también tienen responsabilidad, porque durante siglos, en realidad hasta muy entrado el siglo XX, se limitaban a legitimar lo que decían las iglesias. Por ejemplo, si la masturbación era considerada pecado, los representantes de la ciencia aseguraban que producía daños cerebrales y un sinnúmero de males. Si la orientación del deseo homosexual no era aceptada por la iglesia, los pseudocientíficos aseguraban que se trataba de una desviación. Y así sucesivamente.

## **2. Los derechos sexuales en la declaración de derechos humanos.**

Todos los derechos sexuales se asientan sobre la igualdad en dignidad y derechos; de esta forma queda rechazada, por principio, cualquier forma de discriminación por razón de sexo o de cualquier característica que tenga que ver con la condición sexual humana.

El derecho a la integridad corporal, a la vida privada y la honra tienen también numerosas implicaciones sexuales. Las declaraciones específicas sobre los derechos de la mujer y los derechos de la infancia que se han formulado en uno u otro momento dan pie también a numerosos derechos sexuales. El lector puede leer todas estas declaraciones desde la perspectiva sexual y verá que hay numerosas implicaciones

Además de la declaración general de la ONU y de las declaraciones específicas referidas a la mujer y a los menores, también pueden encontrarse bases teóricas y contenidos concretos sobre los derechos humanos sexuales en las declaraciones del Consejo de Europa, que tienen la ventaja de que suelen ser más específicas y comprometidas con la defensa de las minorías.

### **3. Una declaración de derechos sexuales específicos: Congresos Mundiales Sexología.**

El primer intento lo hicimos en el Congreso Mundial de Sexología del año 1997, celebrado en Valencia. Esta formulación ha sido entregada al Secretario General de la ONU, por el momento sin éxito para que se abra la posibilidad de que la Asamblea lo apruebe.

En esta declaración, reformada en el congreso mundial de 2000, en Hong Kong, se declaran los siguientes derechos:

1. El Derecho a la Libertad Sexual: La libertad sexual abarca la posibilidad de los individuos de expresar su potencial sexual. Sin embargo, esto excluye todas las formas de coerción sexual, explotación y abuso en cualquier tiempo y situaciones de la vida.
2. El Derecho a la Autonomía Sexual, Integridad Sexual y Seguridad del Cuerpo Sexual: Este derecho involucra la habilidad de tomar decisiones autónomas sobre la vida sexual de cada uno dentro de un contexto de la propia ética personal y social. También incluye el control y el placer de nuestros cuerpos libres de tortura, mutilación y violencia de cualquier tipo.
3. El Derecho a la Privacidad Sexual: Este involucra el derecho a tomar decisiones individuales y conductas sobre la intimidad siempre que ellas no interfieran en los derechos sexuales de otros.
4. El Derecho a la Equidad Sexual: Este derecho se refiere a la oposición a todas las formas de discriminación, independientemente del sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o invalidez física o emocional.
5. El Derecho al Placer Sexual: El placer sexual incluyendo el autoerotismo, es una fuente de bienestar físico, psicológico, intelectual y espiritual.
6. El Derecho a la Expresión Sexual Emocional: La expresión sexual es más que el placer erótico en los actos sexuales. Cada individuo tiene derecho a expresar su sexualidad a través de la comunicación, el contacto, la expresión emocional y el amor.
7. El Derecho a la Libre Asociación Sexual: Significa la posibilidad de casarse o no, de divorciarse y de establecer otros tipos de asociaciones sexuales.
8. El Derecho a Hacer Opciones Reproductivas, Libres y Responsables: Esto abarca el Derecho para decidir sobre tener niños o no, el número y el tiempo entre cada uno, y el derecho al acceso a los métodos de regulación de la fertilidad.
9. El Derecho a Información Basada en el Conocimiento Científico: La información sexual debe ser generada a través de un proceso científico y ético y

difundido en formas apropiadas en todos los niveles sociales.

10. El Derecho a la Educación Sexual Comprensiva: Este es un proceso que dura toda la vida, desde el nacimiento y debería involucrar a todas las instituciones sociales.

11. El Derecho al Cuidado de la Salud Sexual: El cuidado de la salud sexual debe estar disponible para la prevención y el tratamiento de todos los problemas, preocupaciones y desórdenes sexuales.

(Declaración del 13º Congreso Mundial de Sexología, Valencia, España, revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) el 26 de agosto de 1999, en el 14º Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China).

#### **4. La Federación de Planificación Familiar (IPPF)**

Ha hecho otra formulación de derechos sexuales y reproductivos que tiene también interés, por su historia (se trata de una las asociaciones internacionales que más y mejor ha trabajado a favor de los derechos sexuales y amorosos desde hace décadas).

1.- Derecho a la vida.

Ninguna mujer debe sufrir riesgos por razón de su embarazo.

Ninguna persona debe tener su vida en riesgo por falta de acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva.

2.- Derecho a la libertad y seguridad de la persona.

Todas las personas tienen el derecho a poder disfrutar y controlar su vida sexual y reproductiva, en el respeto de los derechos de los demás.

Todas las personas tienen el derecho a no estar sujetas a acoso, abuso o violencia sexual.

Todas personas tienen el derecho a estar libres de miedo, vergüenza, culpa, falsas creencias y mitos u otros factores psicológicos que inhiban o perjudiquen su relación sexual o su respuesta sexual.

3.-Derecho a la igualdad y derecho a estar libre de todas las formas de discriminación.

Ninguna persona debe ser discriminada en el ámbito de su vida sexual y reproductiva, en el acceso a los cuidados y servicios relativos a la salud.

Ninguna persona debe ser discriminada en el acceso a la información, cuidados de salud a lo largo de la vida por razones de sexo, edad, orientación sexual y deficiencia física o mental.

4. Derecho a la privacidad.

Todos los servicios de orientación sexual y reproductiva. Incluida la información y el consejo, deben ser prestados con privacidad y garantías de que se guardará la confidencialidad.

Todas las mujeres tienen derecho a elegir libremente en materia de reproducción, incluso el aborto seguro.

Todas las personas pueden expresar su orientación del deseo y disfrutar de una vida sexual segura y satisfactoria, respetando el derecho de los demás, sin interferencias de orden social.

Todos los servicios de orientación y salud deben estar disponibles para todas las personas, en particular para los jóvenes.

#### 5.-Derecho a la libertad de pensamiento.

Todas las personas tienen derecho a la libertad de pensamiento y a la expresión personal de su vida sexual y reproductiva.

Todas las personas tienen derecho a la protección contra cualquier restricción por motivos de pensamiento, conciencia o religión, en su acceso a la educación e información y asistencia en cuestiones de salud sexual y reproductiva.

Los profesionales de la salud tienen derecho a invocar objeción de conciencia en los servicios de anticoncepción y aborto y el deber de encaminar a los clientes a otros profesionales de la salud dispuestos a prestar estos servicios de inmediato. Este derecho no debe ser contemplado en situaciones de emergencia, cuando esté en riesgo la vida de la persona.

Todas las personas tienen derecho a estar libres de interpretaciones rígidas de los textos religiosos, creencias, filosofías y costumbres, que limitan la libertad de pensamiento en materia de sexualidad y salud reproductiva.

#### 6.- Derecho a información y educación.

Todas las personas tienen derecho a recibir educación e información suficientes para tomar decisiones relacionadas con su vida sexual y reproductiva, para que sean tomadas con conocimiento pleno, libre e informado.

Todas las personas tienen derecho a recibir informaciones completas en cuanto a ventajas, eficacia y riesgos asociados a todos los métodos de regulación de la fertilidad y de prevención del embarazo no deseado, como otros riesgos asociados a la actividad sexual sin protección.

#### 7.-Derecho a escoger entre permanecer soltero, casarse, formar pareja y planificar la familia.

Toda persona tiene el derecho de acceso a los cuidados de salud reproductiva, incluidos los casos de infertilidad o cuando la fertilidad está comprometida por enfermedades de transmisión sexual.

8.- Derecho a tener o no tener hijos, así como a decidir su número.

Todas personas tienen el derecho de tener acceso a la gama de métodos más seguros eficaces y accesibles de anticoncepción.

Todas las personas tienen el derecho a la libertad de escoger y utilizar métodos de protección contra el embarazo, de forma segura y accesible.

9.- Derechos a los cuidados de la salud y a la protección de la salud.

Todas las personas tienen el derecho a disfrutar de los cuidados de la salud sexual y reproductiva incluido el derecho a:

- Información sobre beneficios y riesgos de los métodos anticonceptivos.
- Acceso a la mayor parte de los servicios.
- Decidir utilizar o no estos servicios y para escoger método anticonceptivo.
- Seguridad de los métodos y servicios ofrecidos.
- Privacidad en las informaciones y consejos en los servicios prestados.
- Confidencialidad de los datos.
- Tratamiento digno en el acceso y uso de los servicios.
- Confianza y comodidad como cualidades de los servicios prestados.
- Continuidad en el acceso y uso de los servicios.
- Dar la opinión sobre los servicios ofrecidos.

10.-Derecho a los beneficios del progreso científico.

Todas las personas que utilizan los servicios de salud sexual y reproductiva tienen el derecho a disponer de las nuevas ayudas e instrumentos técnicos en materia de salud sexual y reproductiva.

11.-Derecho a libertad de reunión y participación política.

Todas las personas tienen derecho a influir en los gobiernos para que la salud sexual y reproductiva se convierta en una prioridad de los mismos.

12.-Derecho a no sufrir abuso, tortura, tratamiento inhumano o degradante.

Todas las personas, y muy especialmente los menores, tienen el derecho a ser protegidas de toda forma de explotación y especialmente de la explotación sexual, la prostitución infantil y todas las formas de abuso, acoso y violación.

## 5. Nuestra propuesta de discusión.

Por nuestra parte, hemos hecho en varios escritos una propuesta en la que intentamos organizar los derechos, de una forma lógica y didáctica, por aspectos centrales de la vida sexual y amorosa. La hacemos a través de formulaciones positivas y negativas, éstas últimas presentadas como complementarias, creemos que sirven para una mejor comprensión, concreción y fundamentación.

### 1.- Derechos referidos a la identidad sexual.

Derecho a que sea reconocida la propia identidad sexual, de niño o niña, de hombre o mujer, o de otro sexo, con igual dignidad y derechos.

La identidad sexual es entendida como el juicio convencido de tener una identidad de hombre o mujer o una tercera diversidad.

Normalmente las personas hacen ese juicio de autclasificación conforme a su biología externa, clasificación que suele coincidir con la hecha por los sanitarios y familiares en el momento del nacimiento.

Pero una minoría de personas tiene una identidad que contradice en uno u otro grado su biología o el género asignado.

Este derecho tiene otros complementarios:

-Derecho a que durante el embarazo y después de nacer no haya discriminación en la aceptación, en la educación, en el trato, en el trabajo, etc., por razón del sexo.

-Derecho a recibir ayudas gratuitas para evaluar y, en su caso, reconstruir la propia identidad, como puede suceder en el caso del transexualismo. En estos casos, debe admitirse el derecho a cambiar la identidad biológica por la identidad personal o identidad que se está seguro de tener.

-Derecho a que no se vincule a la identidad sexual una determinada orientación del deseo, ni un rol sexual (o género, entendido como construcción social asignada a los hombres y a las mujeres), ni al sexo de la persona con la que formen pareja.

La asociación entre identidad y un determinado deseo, un rol de género o el sexo de la pareja, no es una condición para la salud.

-Derecho a diversidades distintas más allá de la identidad de hombre o mujer.

Valoración del grado de cumplimiento:

Este derecho está lejos de estar asegurado en el mundo. En algunos países los embarazos de las chicas son interrumpidos por razón del sexo y no es infrecuente el infanticidio en el caso de las niñas nacidas.

En muchos países hay aspectos de este derecho no cumplidos. Entre ellos:

- a.- No reconocer el derecho al cambio de sexo de los transexuales o no recibir una ayuda gratuita con este fin.
- b.- La no aceptación jurídica de parejas de hecho entre personas con una misma identidad sexual, con igualdad de derechos.
- c.-La inadecuada aceptación social de la homosexualidad es un reflejo de la vinculación entre identidad, orientación del deseo y rol de género. La homosexualidad sigue perseguida en numerosos países y la homofobia aun está presente en grupos sociales de todo el mundo, incluido el occidental.
- d.- Aunque en algunos países se admite ya una autoclasificación distinta a la de hombre o mujer (caso de Alemania, por ejemplo) estamos lejos de reconocer estas diversidades en casi todo el mundo.

La sede de la identidad sexual está en el YO, y todo lo que podemos y debemos hacer es ayudar a las personas a reconciliarse con la identidad.

## 2.- Derechos referidos a la integridad, intimidad y propiedad del cuerpo.

El cuerpo es propiedad de la persona, por lo que no debe ser mutilado, tampoco ninguno de sus órganos de claro significado sexual.

Derecho a la intimidad sexual y a la propiedad del cuerpo, de forma que nadie tenga acceso al cuerpo o la intimidad sin el consentimiento de la persona.

Derechos complementarios:

- No sufrir mutilaciones corporales, especialmente las referidas a órganos sexuales o las mamas porque entrañan riesgos y acaban limitando la fisiología del placer.
- No sufrir explotación sexual de las personas, obligándolas de una u otra forma a tener relaciones sexuales que no desean.
- No ser víctimas de violencia sexual: violación, acoso y abuso sexual, entre otras formas de coerción sexual.
- No ser víctimas de la manipulación, en el caso de los menores, enfermos mentales o personas con discapacidad que no tienen capacidad de consentimiento informado.

Valoración:

En este caso la legislación europea y occidental es, en general, adecuada, pero, como es sabido:

- En numerosos países se practica la mutilación del clítoris u otros órganos sexuales.
- Los casos de violación y acoso sexual afectan a un número importante de mujeres.

-El abuso sexual a menores afecta aproximadamente al 20-25% de las chicas y al 10-15 %, según estudios internacionales, con muestras representativas<sup>1</sup>.

-Los datos sobre prostitución son imprecisos, pero importantes.

Es especialmente grave la situación de numerosas mujeres inmigrantes, entre ellas menores de edad, que se ven obligadas a prostituirse. Se trata de una nueva esclavitud que afecta a numerosas mujeres y niñas, y también a algunos niños.

-La producción de pornografía infantil, su comercialización y su uso es otra forma frecuente de violación del derecho de los menores.

-Sigue habiendo resistencia a contemplar nuevas formas de maltrato sexual olvidadas por el código penal de la mayoría de los países, incluida España: mutilaciones sexual, matrimonios concertados por razones económicas y sociales, etc.<sup>2</sup>.

### 3.- Derechos referidos a la educación sexual.

Los menores y las personas en general tienen derecho a recibir una educación sexual básica que les permita salir de la ignorancia y no sufrir las consecuencias de falsas creencias en materia de sexualidad.

Los menores deben ser informados y educados sexualmente en la familia y en la escuela.

Los menores tienen derecho a formular preguntas y a que éstas les sean contestadas de forma veraz.

Derechos complementarios:

- No debe negársele a la población, desde la infancia, informaciones que puedan serles útiles para evitar errores y riesgos en materia sexual. Un ejemplo específico es el derecho de los adolescentes, jóvenes y adultos a recibir información sobre anticoncepción.

- No proponer en la escuela pública un modelo de educación sexual basado en creencias religiosas, sino un modelo que las respete en cuanto creencias individuales, pero a la vez, ofrezca conocimientos profesionales y valores humanos compartidos por todos.

---

<sup>1</sup> Fuentes Rebollo, M<sup>a</sup>. Jesús y López Sánchez, Félix. “Revisión, análisis y clasificación de los estudios sobre desarrollo social”. En: *Infancia y Aprendizaje: Journal for the Study of Education and Development*, N° 67-68, 1994, pp. 163-184.

<sup>2</sup> López Sánchez, Félix. *Abusos sexuales y otras formas de maltrato sexual*. Madrid: Editorial Síntesis, 2014.

- Los padres pueden y deben colaborar con la escuela en la educación sexual, pero no tienen el derecho a impedir que los alumnos reciban educación sexual, porque es un derecho de los menores.
- Los menores tienen hoy mucha información sexual (a través de Internet, revistas y amigos, pero no está legitimada por la familia, la escuela y los profesionales de la salud) pero además de conllevar posibles errores, solo la pueden usar furtivamente.

Valoración:

- Numerosas familias siguen manteniendo silencio sobre la sexualidad y transmiten actitudes sexofóbicas, no responden a las preguntas de los hijos e hijas, no previenen riesgos asociados a la actividad sexual de los menores.
- La escuela no ofrece educación sexual dentro del currículum, en numerosos países, o lo hace de manera anecdótica.
- Los profesionales de la salud no participan en la educación sexual de la población en numerosos países.
- Las propuestas de educación sexual transversales, como ocurre en España, son solo retóricas, sin que de hecho haya educación sexual generalizada en las escuelas.
- Entre las escuelas que ofrecen educación sexual, no pocos centros privados y públicos hacen una educación sexual desde modelos inadecuados, como son el modelo de la abstinencia y el modelo de riesgos<sup>3</sup>.

4.- Derechos referidos a la anticoncepción, las prácticas sexuales saludables y a la reproducción.

Las personas tienen el derecho a disponer de la ayuda asistencial sanitaria y todos los medios técnicos que la ciencia vaya logrando, tanto para evitar los embarazos no deseados y otros riesgos asociados a prácticas sexuales de riesgo, como para poder tener hijos.

Derechos complementarios:

- Los profesionales no pueden negarse a prestar estas ayudas en función de sus creencias, puesto que quien toma la decisión de recurrir o no a estas ayudas es la persona que puede necesitarlas. El profesional debe comportarse como un mero mediador de forma que, en ningún caso, debe negar ayudas que de hecho están disponibles en el sistema sanitario, como ocurre, por ejemplo, con la llamada “píldora del día después”.

---

<sup>3</sup> López, Sánchez, Félix. *Educación sexual*. Madrid: Biblioteca Nueva. 2005.

Si en un país determinado se admitiese la llamada objeción de conciencia de los profesionales, el servicio nacional de salud debe garantizar estos servicios de manera inmediata y universal a través de otros profesionales.

- El acceso a los recursos anticonceptivos o reproductivos debe ser universal, con independencia de lugar donde se vive o los ingresos de que se dispone.
- Las personas en las que se ha consumado algún riesgo asociado a las prácticas sexuales (por ejemplo el embarazo no deseado, el Sida, etc.) tienen derecho a una asistencia sanitaria adecuada.

Valoración:

En numerosos países se vulneran con frecuencia estos derechos:

- No se permite la comercialización de ciertos medios técnicos y no se ponen a disposición de toda la población.
- Se permite la objeción de conciencia a profesionales dentro del servicio nacional de salud, sin garantizar el ofrecimiento de estos servicios.
- Las ayudas a la reproducción asistida están en buena medida en manos privadas y muchas parejas no pueden solicitarla por sus altos costes.

5.-Derechos referidos al placer, las relaciones sexuales, los afectos y la vinculación afectivo-sexual, la convivencia y el estado civil.

Todas las personas, conforme a las características de su edad y su diversidad personal, tienen el derecho a explorar su cuerpo y disfrutar el placer sexual, derecho a establecer relaciones interpersonales y vínculos de pareja, así como a desvincularse, bajo la fórmula jurídica que consideren más conveniente, sin discriminación en razón del sexo, la orientación del deseo o la pertenencia a una u otra minoría.

Derechos complementarios:

- No persecución legal, educativa o profesional de la masturbación, los juegos sexuales, las prácticas sexuales entre personas que, teniendo capacidad de consentir consienten.
- No poner impedimentos a las diferentes formas de vinculación de las parejas y a su decisión de desvinculación, preservando, claro está los derechos de los dos miembros y de terceros, muy especialmente los hijos.
- No impedir a los homosexuales y lesbianas la formación de pareja, incluyendo al acceso al matrimonio, y los derechos asociados a esta institución social, incluyendo la adopción.
- No impedir la separación y el divorcio, asegurando el comportamiento responsable con la pareja y los hijos.

- No impedir a determinadas minorías, como los discapacitados, los encarcelados y los enfermos mentales la posibilidad de tener relaciones sexuales y vinculaciones, salvo incapacidad, declarada judicialmente.
- No impedir o perseguir con normas, costumbres o actitudes que los viejos y las viejas puedan disfrutar también de estos derechos con independencia de su estado civil, sexo o cualquier otra característica no incapacitante para su ejercicio.

Valoración:

- Las manifestaciones sexuales infantiles son aun perseguidas en numerosos países, con frecuencia incluso dentro de programas centrados únicamente en la prevención de riesgos sexuales como los abusos o los embarazos no deseados.
- Algunos modelos de educación sexual se centran en los riesgos o en la transmisión de valores morales contrarios a los derechos sexuales, negando o persiguiendo de hecho este derecho que acabamos de formular.

#### 6.- Derecho a la intimidad y privacidad.

Todas las personas tienen el derecho a que sea preservada su intimidad y privacidad en relación con su orientación del deseo, su vida sexual o de pareja y las consultas o ayudas de los profesionales.

Derechos complementarios:

- No desvelar la orientación sexual de las personas por parte de los servicios de salud, ni demandar esta información en el mundo del trabajo.
- No desvelar el contenido de las consultas, ni el hecho mismo de las consultas sobre sexualidad.
- Respetar la privación referida a la vida sexual de las personas en los medios de comunicación.
- No desvelar la identidad de las víctimas de violación, acoso o abuso sexual.
- No discriminar a las personas en el mundo laboral o social en general por razón de su orientación del deseo o vida sexual.

Valoración:

Los medios de comunicación frecuentemente vulneran el derecho de las personas a la intimidad sexual.

La intimidad de las víctimas de abusos, violaciones y acoso sexual se vulnera con frecuencia, incluso en el caso de los menores.

Se ha generalizado también la compraventa de intimidad sexual en los medios de comunicación y el uso inadecuado de ésta, tanto por los medios, como por las personas que voluntariamente se prestan a ello con fines económicos.

7.- Derecho a la diversidad de valores y códigos morales, compartiendo una ética básica.

Derecho a vivir en una sociedad moralmente pluralista.

Derecho a tener y regirse por un código moral propio, salvando el respeto a los demás.

Derecho a compartir únicamente una ética básica, compartida por todos y asentada en el respeto a los derechos humanos.

Derecho a la diversidad de creencias, opiniones y valores, salvando el respeto debido a los demás.

Derechos complementarios:

Derecho a no ser presionado con creencias fundamentalistas, bajo amenazas de uno u otro tipo.

Derecho a no sufrir formas de disciplina o una doctrina moral que se asienten en valores y creencias que no se comparten y que no hay obligación de compartir en un Estado aconfesional.

Derecho a que no le sea negada la asistencia en materia de educación sexual, salud sexual y reproductiva por razones morales de las personas que trabajan en servicios públicos.

Valoración:

Este derecho está lejos de cumplirse, especialmente en los países donde las iglesias han estado durante décadas sirviéndose de un Estado confesional. No es infrecuente que los poderes públicos y numerosos profesionales ofrezcan un modelo moral de intervención en el cual confunden sus creencias personales con su actuación profesional negando asistencia y ayudas técnicas a personas que no comparten esa moral.

Para evitar el conflicto entre creencias y profesionalidad venimos proponiendo un modelo de intervención en este campo que llamamos biográfico-profesional. En él el cliente toma las decisiones y el profesional ofrece informaciones, consejos y ayudas profesionales. El profesional es un mediador entre la biografía de cada persona y las

ayudas que se le pueden ofrecer para mejorar su salud sexual y reproductiva, no haciendo de su biografía o sus creencias el eje de la intervención profesional<sup>4</sup>.

Naturalmente, como toda propuesta de derechos, consideramos éstas como discutibles y mejorables, incluyéndolas en este texto por varias razones. En primer lugar para que se discutan e intentemos llegar al mejor de los consensos, el máximo común denominador y la mejor formulación compartida. La segunda porque, aunque no se pueden confundir los derechos consensuados con los principios éticos de valor universal, las declaraciones de derechos sirven para concienciar a la población y servir de referencia a los parlamentos cuando legislan. En tercer lugar porque un diálogo entre principios éticos y derechos es muy fructífero, mejorando la argumentación de unos y otros. En cuarto lugar porque las declaraciones de derechos sirven como referencia de contenidos concretos no solo para los legisladores sino también para la educación sexual en la escuela. En quinto lugar, a nivel internacional, las declaraciones de derechos permiten influir en países en los que éstos son violados, favoreciendo la denuncia y la presión social y, lo más importante, la generalización de los argumentos que sustentan dichos derechos. Por último, para el tema que nos ocupa, las declaraciones de derechos son una de las mejores oportunidades de ayudar a cambiar la realidad, especialmente si se formulan a la luz de los principios éticos de valor universal.

Aun así, somos conscientes de las dificultades para consensuar derechos porque no son pocos los gobiernos dictatoriales y fundamentalistas que ponen objeciones y vetos en las reuniones internacionales.

### **Referencias Bibliográficas**

Fuentes Rebollo, M<sup>a</sup>. Jesús y López Sánchez, Félix. “Revisión, análisis y clasificación de los estudios sobre desarrollo social”. En: *Infancia y Aprendizaje: Journal for the Study of Education and Development*, N° 67-68, 1994, pp. 163-184.

López, Sánchez, Félix. *Educación sexual*. Madrid: Biblioteca Nueva. 2005.

----- *Homosexualidad y familia*. Barcelona: Editorial Grao, 2008.

----- *Amores y Desamores*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2009.

---

<sup>4</sup> López, Sánchez, Félix. *Educación sexual*. Madrid: Biblioteca Nueva. 2005.

- *Separarse sin grietas. Cómo sufrir menos y no hacer daño a los hijos.* Barcelona: Editorial Grao, 2010.
- *Sexualidad y afectos en la vejez.* Madrid :Pirámide, 2012.
- *Abusos sexuales y otras formas de maltrato sexual.* Madrid: Editorial Síntesis, 2014.
- *Ética de las relaciones sexuales y amorosas.* Madrid: Pirámide, 2015.
- *Unidades didácticas sobre ética de las relaciones sexuales y amorosas.* Madrid. Pirámide (en prensa).



# A EVOLUÇÃO POLÍTICO-LEGISLATIVA DO ABORTO EM PORTUGAL E O RESPEITO DOS DIREITOS DA MULHER E DA CIDADÃ

## THE POLITICAL-LEGISLATIVE EVOLUTION OF ABORTION IN PORTUGAL AND THE RESPECT OF THE WOMEN RIGHTS

João Paulo Borges Bichão

*Instituto Jurídico Portucalense (Universidade Portucalense)*

**Resumo:** O aborto, à semelhança de outras questões “moralmente” polémicas que comprometem as regras sociais impostas pela sociedade, sempre constitui uma prática enraizada em todos os tempos da história da humanidade, independentemente de credos e costumes, ao abrigo de diversas razões sociais, políticas e económicas. Hoje, volvidos mais de quarenta anos desde o fim da ditadura do Estado Novo e o advento de uma democracia de tipo ocidental, o aborto continua a ser um tema muito discutido na sociedade portuguesa, permanecendo controverso tanto do ponto de vista legal como ético, e apesar da recente despenalização parcial, não deixa de levantar um mar de confrontações, por vezes, de ódio e a sua oportunidade ou moralidade é debatida com visceralidade por facções políticas rivais e sectores da sociedade civil hostis à política instituída.

**Palavras-chave:** Aborto, Despenalização, Direitos Humanos.

**Abstract:** Abortion as any other morally polemic issue defying social rules imposed by society, is deeply rooted in the history of humankind and, therefore, is a practice which has always existed – either for economic, political or social reasons –, regardless of the existence of different beliefs and habits. Nowadays, more than forty years after the end of Estado Novo’s Dictatorship and the beginning of a western democracy, abortion is still a central theme in our society. Despite its decriminalization, there are still several questions to be solved, either ethically or legally. Its legalization opened a whole new set of confrontations and animosities. Completely rival political parties, as well as other civil opponents keep gathering to strongly discuss and debate this issue.

**Keywords:** Abortion, Decriminalization, Human Rights.

### 1. O crime de aborto antes da era democrática

Anteriormente a 1852, a Lei sempre tinha sido omissa a respeito do crime de aborto já que as Ordenações Filipinas não continham uma pena especial para o respectivo facto que era considerado e punido como homicídio<sup>1</sup>. O aborto começou a ser previsto e punido, pela primeira vez como crime autónomo, pelo artigo 358º do Código Penal<sup>2</sup>, copiado do artigo 317º do Código Penal Francês<sup>3</sup>. Ao prever a autonomia do ilícito em causa, o legislador abandonou o princípio da equiparação do aborto ao homicídio,

---

<sup>1</sup> O que “só dava causas em tempos antigos à prática de muitos juízes obrigarem as mulheres pejadas (...) de dar conta do fruto do seu ventre (...): prática inútil, desnecessária e infamante”. Cfr. Ferrão, F. A. F. da Silva. *Theoria do Direito Penal*, vol. VII. Lisboa: Imprensa Nacional, 1857, p. 82.

<sup>2</sup> Aprovado pelo Decreto de 10/12/1852 e publicado no *DG (Diário do Governo)*, n.º 304, de 24/12/1852.

<sup>3</sup> Decretado em 17/02/1810 e promulgado em 27 do referido mês.

passando a estatuir as modalidades de aborto consentido e não consentido, punido com pena de prisão maior temporária, de auto-aborto e consentimento no próprio, de aborto atenuado por *honoris causa*, punido com pena de prisão correccional, e de aborto agravado, punido com as mesmas penas agravadas nos termos gerais quando praticado por profissional da medicina ou das ciências farmacêuticas. Contudo, na referida norma não estava previsto o aborto negligente nem as ofensas à integridade física contra o feto, e não obstante tão-pouco referisse expressamente em que consistia o aborto, a doutrina defendia que se consumava com a expulsão prematura do feto a partir do momento da concepção quando fosse provocada por quaisquer meios capazes de a produzir<sup>4</sup>.

A reforma de 1886, com a nova publicação do Código Penal<sup>5</sup>, manteve o tipo de incriminação, embora com diferentes penalidades, continuando contudo a não prever qualquer caso de exclusão da ilicitude ou da punibilidade, ficando assim a questão relegada mais uma vez para o instituto das causas de justificação previstas na parte geral. E no século seguinte, o tipo de aborto agravado veio a ser ampliado<sup>6</sup>, passando a agravação da pena a abranger todos os indivíduos que exercessem profissões auxiliares da medicina. De facto, os médicos deviam, segundo o estatuto da profissão, guardar respeito absoluto pela vida humana desde a concepção, sendo expressamente proibida a prática do aborto<sup>7</sup>, sob pena de, em caso de condenação, se sujeitarem à incapacidade do exercício da profissão<sup>8</sup>. Também estava sujeito a pena de prisão correccional quem expusesse à venda ou subministrasse substâncias abortivas sem autorização legal<sup>9</sup>, estando as farmácias proibidas de fornecerem essas substâncias sem receita médica<sup>10</sup>.

Aliás, o regime ditatorial instituído, que assentava o seu poder fascista na restrição dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, promoveu, em defesa da família, uma política da maternidade como principal perspectiva da realização pessoal da mulher<sup>11</sup>, baseada nos valores propugnados pela Igreja Católica, resultando na proibição de venda de contraceptivos, à excepção daqueles que tinham apenas fins

---

<sup>4</sup> Cfr. Jordão, Levy Maria. *Commentario ao Codigo Penal Portuguez*, vol. 2º, t. IV. Lisboa: Typographia de José Baptista Morando, 1854, p. 60.

<sup>5</sup> Ordenada pelo Decreto de 16/09/1886, publicado no *DG*, n.º 213, de 20/09/1886.

<sup>6</sup> Cfr. Art. 10º do Decreto 32171, de 29/06, publicado no *DG*, I Série, n.º 175, de 29/06/1942.

<sup>7</sup> Cfr. Art. 79º do Estatuto da Ordem dos Médicos aprovado pelo Decreto-Lei 40651, de 21/06, publicado no *DG*, I Série, n.º 127, de 21/06/1956.

<sup>8</sup> Cfr. Art. 27º do citado Decreto-Lei 32171, de 29/07/1942.

<sup>9</sup> Cfr. Art. 248º do Código Penal.

<sup>10</sup> Cfr. Art. 20º-§2 do Decreto 17636, de 21/11, publicado no *DG*, I Série, n.º 268, de 21/11/1929.

<sup>11</sup> Cfr. Pimentel, Irene Flunser. “A assistência social e familiar do Estado Novo nos anos 30 e 40”. *Análise Social*, 1999, vol. XXXIV (2º e 3º), n.º 151-152, p. 491.

terapêuticos, a partir de 1962 com a comercialização da pílula anticoncepcional<sup>12</sup>. Pois, sendo o aborto impensável tanto para o Estado Novo como para a Igreja Católica<sup>13</sup> e numa sociedade dominada por concepções conservadoras sobre a sexualidade e a reprodução, onde a censura era imposta na comunicação social, a questão do aborto não constituía matéria informativa<sup>14</sup> e a sua discussão era considerada subversiva<sup>15</sup>, levando à repressão de organizações políticas e sindicais de mulheres<sup>16</sup>.

## 2. O crime de aborto no Novo Código Penal de 1982

Com a instauração da democracia, a problemática do aborto passou a ser assumida pelo poder político como uma questão de relevância social<sup>17</sup>. Assim, a primeira tentativa legislativa no sentido da despenalização foi iniciada em 1980 pela UDP<sup>18</sup>, através da apresentação do Projecto de Lei 500/I<sup>19</sup>, que previa, entre outros, a fixação de um limite temporal de doze semanas, dentro do qual a mulher pudesse exigir ser submetida a uma intervenção médica para interromper uma gravidez indesejada, sem que tivesse que apresentar uma qualquer justificação para o efeito. A respectiva exposição de motivos vincava que esta solução era a única forma de salvaguardar o direito de assistência condigna das mulheres relativamente a um mal inevitável. No entanto, esse primeiro passo veio a “abortar” prematuramente uma vez que o projecto nem sequer chegou a ser discutido em plenário no parlamento que era dominado pela coligação eleitoral da “Aliança Democrática”<sup>20</sup>, constituída pelo PSD<sup>21</sup>, pelo CDS<sup>22</sup> e pelo PPM<sup>23</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. Freire, Isabel. *Amor e Sexo no Tempo de Salazar*. Lisboa: Esfera dos Livros, 2010, p. 248.

<sup>13</sup> Cfr. Cova, Anne e Pinto, António Costa. “El salazarismo”. Em Fauré, Christine (dir.). *Enciclopedia histórica y política de las mujeres – Europa y América*. Pérez Colina, Marisa (trad.). Madrid: Ediciones Akal, 2010, pp. 655-666.

<sup>14</sup> Cfr. Tavares, Manuela. *Aborto e contracepção em Portugal*. Lisboa: Livros Horizonte, 2003, p. 11.

<sup>15</sup> Cfr. Vilar, Duarte. “Portugal – the country of easy, illegal and unsafe abortion”. Em Rolston, Bill e Eggert, Anna (org.). *Abortion in the new Europe – A comparative handbook*. Westport: Greenwood Press, 1994, p. 215.

<sup>16</sup> Cfr. Tavares, Manuela. *Movimentos de mulheres em Portugal nas décadas de 70 e 80*. Lisboa: Livros Horizonte, 2000, p. 21.

<sup>17</sup> Cfr. Vilar, Duarte. “Portugal – the country of easy...”, p. 216.

<sup>18</sup> Partido da União Democrática Popular criado em 16/12/1974, de índole marxista. Cfr. UDP, *Comunicado de Imprensa*, de 16/12/1974.

<sup>19</sup> Publicado no DAR (*Diário da Assembleia da República*), II Série, n.º 69/I/4, de 6/06/1980.

<sup>20</sup> Estando em funções o VI Governo Constitucional liderado por Francisco Sá Carneiro. Cfr. Decreto-Lei 3/80, de 07/02, publicado no DR (*Diário da República*), Série I, 2º Supl., n.º 32, de 07/02/1980.

<sup>21</sup> Partido Social Democrata, criado em 06/05/1974 sob o nome de Partido Popular Democrata (PPD) cuja ideologia abarcava inicialmente a social-democracia e o socialismo (cfr. Telo, António José. *História Contemporânea de Portugal – Do 25 de Abril à Actualidade*, vol. I. Lisboa: Editorial Presença, 2007, p. 66), evoluindo para uma matriz de centro direita de inspiração liberal (cfr. Lisi, Marco. *Os partidos políticos em Portugal: continuidade e transformação*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 50. Coelho, Artur M.

Em 1982, foi a vez do PCP<sup>24</sup> de tentar “modificar um quadro legal injusto, aberrante e hipócrita”, através do qual permanecia o flagelo social do aborto clandestino, ao pretender consagrar o direito da mulher grávida a solicitar a interrupção da gravidez nas doze primeiras semanas, sob direcção médica e em estabelecimento hospitalar autorizado, de acordo com indicações de ordem terapêutica, eugénica, sentimental ou socioeconómica<sup>25</sup>. O debate parlamentar foi instrumentalizado<sup>26</sup> de forma partidária e remetido para o domínio político e masculinizado perante o apagamento da participação das mulheres<sup>27</sup>. Foi ainda extremamente contundente no confronto de opiniões sobre diferentes perspectivas sobre a sexualidade num país acabado de sair do período da ditadura salazarista e em vias de consolidação democrática, durante o qual foi defendida pelos deputados da maioria a ideologia da Igreja Católica<sup>28</sup>. Assim, apesar dos votos favoráveis da esquerda, o diploma veio a ser rejeitado<sup>29</sup> com os votos dos partidos de direita coligados no governo<sup>30</sup>, que na altura representavam a manutenção do quadro repressivo.

---

C. da F. M. *Os partidos políticos e o recrutamento do pessoal dirigente em Portugal: o caso do PS e do PPD/PSD*. Tese de Doutoramento, Universidade Lusófona, 2012, pp. 101-130 e 152-166.

<sup>22</sup> Partido do Centro Democrático Social, de inspiração democrata cristã, fundado em 19/07/1974, actualmente designado por CDS-PP (Partido Popular), que se posiciona como o partido mais conservador do espectro político português parlamentarmente representado. Cfr. Robinson, Richard A. H. “Do CDS ao CDS-PP: o Partido do Centro Democrático Social e o seu papel na política portuguesa”. *Análise Social*, 1996, volume XXXI (4º), n.º 138, pp. 951-973.

<sup>23</sup> Partido Popular Monárquico, fundado em 23/05/1974, inspirado pelo municipalismo e pelo ecologismo, que defende a restauração da monarquia. Cfr. Telo, António José. “*História Contemporânea...*”, p. 69.

<sup>24</sup> Partido Comunista Português, de índole marxista-leninista, baseado numa organização centralista, fundado em 1921 e ilegalizado após a Revolução de 28/05/1926 (cfr. Pereira, José Pacheco. “Contribuição para a história do Partido Comunista Português na I República (1921-26)”. *Análise Social*, 1981, vol. XVII (3º-4º), n.º 67-68, pp. 695-713). Voltou a integrar-se no espectro político como “o único partido organizado em 1974, com uma estrutura, um programa e um núcleo significativo de quadros e simpatizantes activos na clandestinidade” (cfr. Telo, António José. “*História Contemporânea...*”, p. 54. Lisi, Marco. “O Partido Comunista Português na transição para democracia (1974-1976) – Entre integração política e institucional”. *Penélope*, 2004, n.º 30-31, pp. 161-177; ÍD: “O PCP e o processo de mobilização entre 1974 e 1976”. *Análise Social*, 2007, vol. XLI, n.º 182, pp. 181-205).

<sup>25</sup> Cfr. Projecto de Lei 309/II, publicado no *DAR*, n.º 50/II/2, de 06/02/1982, discutido na generalidade (cfr. *DAR*, II Série, n.º 83/II/2, de 27/04/1982) conjuntamente como o Projecto de Lei 307/II, relativo à protecção e defesa da maternidade, e o Projecto de Lei 308/II, relativo à garantia do direito ao planeamento familiar e à educação sexual, publicados no *DAR*, II Série, n.º 59/II/2, de 03/03/1982.

<sup>26</sup> Cfr. Ferreira, Virgínia. “As mulheres em Portugal: situação e paradoxos”. *Oficina do CES*, 1998, n.º 119, pp. 23-24.

<sup>27</sup> Sendo “recusada a dimensão social a uma prática que continua a ser remetida para o domínio da consciência individual e da sexualidade privada e que só entra no campo social pela porta do problema”, e “as escassas referências às questões relativas à política social e à política familiar, aos direitos da mulher e à liberdade sexual, quase desapareceram por completo”. Cfr. Abranches, Graça e Ferreira, Virgínia. “O debate sobre o aborto e a ortopedia discursiva da sexualidade”. *Análise Social*, 1986, vol. XXII (3º-4º), n.º 92-93, pp. 481-483.

<sup>28</sup> Cfr. *DAR*, I Série, n.º 59/II/2, de 03/03/1982 e *DAR*, I Série, n.º 12/II/2, de 12/11/1982.

<sup>29</sup> Cfr. *DAR*, I Série, n.º 12/II/3, de 12/11/1982.

<sup>30</sup> Estando em funções o VIII Governo Constitucional liderado por Francisco Pinto Balsemão. Cfr. Decreto-Lei 290/81, de 14/10, publicado no *DR*, n.º 236, de 14/10/1981.

Em consequência, o dispositivo penal que acabou com o princípio da equiparação do aborto ao homicídio, manteve-se inalterado até à entrada em vigor do “Novo” Código Penal de 1982<sup>31</sup>, o primeiro da era democrática, que procedeu à incriminação específica do aborto enquanto crime contra a vida intra-uterina. Na respectiva sistematização, foi especificamente criminalizado o aborto praticado com o consentimento da mulher grávida e o aborto agravado pelo resultado, sendo também penalizado o aborto como crime contra a integridade física da mulher grávida. Contudo, à semelhança dos anteriores diplomas, o crime de aborto regia-se pelo princípio da punibilidade sem excepções, embora a doutrina considerasse que em algumas situações não devia ser punido, recorrendo para o efeito às causas gerais de exclusão de ilicitude<sup>32</sup>, podendo eventualmente funcionar como causas de atenuação da culpa<sup>33</sup>.

Em 1983, o PCP voltou a apresentar idêntico projecto sobre o tema<sup>34</sup> que veio a ser novamente rejeitada<sup>35</sup>, desta vez por causa da abstenção do PS<sup>36</sup>, apoiante do Governo do Bloco Central<sup>37</sup>, que fez contudo aprovar o Projecto de Lei 265/III<sup>38</sup>, reunindo para o efeito os votos dos partidos de esquerda contra os dos partidos de

<sup>31</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei 400/82, de 23/09, publicado no *DR*, I Série, n.º 221, de 23/09/1982.

<sup>32</sup> Cfr. Santos, Boaventura Sousa. “L’Interruption de la Grossesse sur Indication Médicale dans le Droit Pénal Portugais”. *Boletim da Faculdade de Direito*, 1967, n.º 43, pp. 179 e ss.. Dias, Jorge de Figueiredo. *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 1969, p. 432, recorrendo este autor às figuras do conflito de deveres e do direito de necessidade em caso de grave perigo para a vida ou integridade física da mãe respectivamente.

<sup>33</sup> Cfr. Martins, António Carvalho. *O aborto e o problema criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 81.

<sup>34</sup> Cfr. Projecto de Lei 7/III, publicado no *DAR*, II Série, n.º 1/III/1, de 01/06/1983, que veio a ser discutido conjuntamente com o Projecto de Lei 265/III apresentado pelo PS, relativo à exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez, com o Projecto de Lei 267/III, relativo à educação sexual e planeamento familiar, com o Projecto de Lei 272/III, relativo à protecção da maternidade e da paternidade, ambos apresentados conjuntamente por deputados do PS e do PSD, com o Projecto de Lei 5/III, relativo à protecção e defesa da maternidade, e com o Projecto de Lei 6/III, relativo à garantia do direito ao planeamento familiar e à educação sexual, estes últimos apresentados pelo PCP juntamente com o primeiramente mencionado. Cfr. *DAR*, n.º 4/III/1, de 16/06/1983.

<sup>35</sup> Cfr. *DAR*, I Série, n.º 68/III/1, de 27/01/1984.

<sup>36</sup> Partido Socialista, fundado em 19/04/1973 (cfr. Martins, Susana. “A fundação do Partido Socialista em 1973”. Em Canas, Vitalino (org.). *O Partido Socialista e a democracia*. Oeiras: Celta Editora, 2005, pp. 29-49), inicialmente composto por militantes de raízes ideológicas distintas tais como antigos socialistas, ex-comunistas e católicos, cujas posições iniciais chegavam a ser mais radicais que as do PCP (cfr. Santos, Maciel Morais. “O Partido Socialista nos seus primeiros anos – Duas eleições perdidas”, *Revista da Faculdade de Letras*, 1994, II Série, vol. XI, pp. 323-332. Reis, António. “O Partido Socialista na revolução”, *O Partido Socialista e a democracia*. Em Canas, Vitalino (org.). *O Partido Socialista e a democracia*. Oeiras: Celta Editora, 2005, p. 53) acabando por se posicionar no centro esquerdo do espectro político português e inserir-se no chamado arco do poder ou da governação em alternância com o PSD (cfr. Coelho, Artur M. C. da F. M. “*Os partidos políticos...*” pp. 101-130, 142-151 e 159-166).

<sup>37</sup> Designação da coligação pós-eleitoral entre o PS e o PSD, na sequência do resultado das eleições legislativas realizadas em 25/04/1983 (cfr. Stock, Maria José. “O centrismo político em Portugal: génese do Bloco Central e análise dos partidos da coligação”. *Análise Social*, 1985, vol. XXI, n.º 85, p. 45-61), liderada por Mário Soares que assumiu a chefia do IX Governo Constitucional. Cfr. Decreto-Lei 344-A/83, de 25/07, publicado no *DR*, Série I, n.º 169, 1º Supl., de 25/07/1983.

<sup>38</sup> Que deu origem à Lei 6/84, de 11/05, publicada no *DR*, I Série, n.º 109, de 11/05/1984.

direita. Mantinha-se assim a clivagem ideológica entre ambas as posições políticas e a luta pela contracepção e pela legalização do aborto ganhou força em contraponto com o peso da Igreja Católica até então verificado, nele baseado na formação das consciências a coberto do obscurantismo e do autoritarismo da ditadura e das concepções conservadoras até então impostas<sup>39</sup>. Com tal aprovação, as reivindicações públicas relativamente à legalização do aborto centraram-se não por uma luta pela revogação total da criminalização, mas pela exigência que a lei viesse a contemplar o aborto por opção da mulher como causa de exclusão da ilicitude<sup>40</sup>.

Assim, após a revisão operada, começou a vigorar o modelo das indicações, prevendo a licitude do aborto desde que enquadrado numa das razões taxativamente elencadas, de ordem terapêutica, eugénica ou criminal. Tal sistema parte do princípio da dignidade jurídico-penal do bem jurídico da vida intra-uterina, em que o valor daquele bem jurídico pode ser sacrificado no caso de conflito de valores ou interesses com outros bens constitucionalmente relevantes e consagrados<sup>41</sup>, sendo que normalmente a referência temporal encontra-se-lhe subordinada<sup>42</sup>. No entanto, mesmo nos casos em que o pressuposto da legitimidade do aborto se baseia num determinado limite quanto ao tempo da gravidez, o requisito decisivo continua a residir na ocorrência de uma daquelas indicações<sup>43</sup> como causa de exclusão da ilicitude<sup>44</sup>. Embora o aborto económico-social ou por situação de necessidade social, comumente conhecido por “aborto social” não estivesse expressamente previsto na lei, alguma doutrina<sup>45</sup> entendia que nela indirectamente se encontrava consagrado, conquanto as indicações tipificadas eram já por si de índole social<sup>46</sup>.

---

<sup>39</sup> Cfr. Tavares, Manuela. “*Movimentos de mulheres ...*”, p. 55.

<sup>40</sup> Cfr. Alves, Magda; Santos, Ana Cristina; Barradas, Carlos; e Duarte, Madalena. “A despenalização do aborto em Portugal, discursos, dinâmicas e acção colectiva: os referendos de 1998 e 2007”. *Oficina do CES*, 2009, n.º 320, p. 4.

<sup>41</sup> Cfr. Cunha, J. M. Damião da. “Artigo 140º (Aborto)”. Em Dias, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 147. Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime, Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 363.

<sup>42</sup> Cfr. Loureiro, João. “Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais (a propósito de uma reforma legislativa)”. *Boletim da Faculdade de Direito*, 1998, n.º 74, pp. 336-337.

<sup>43</sup> Cfr. Costa, António Manuel de Almeida. “Aborto e Direito Penal: algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez”. *Revista da Ordem dos Advogados*, 1984, Ano 44, p. 556.

<sup>44</sup> Cfr. Brito, Diogo Lorena. *A vida pré-natal na jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2007, p. 163.

<sup>45</sup> Cfr. Dias, Jorge de Figueiredo. “Artigo 142º (Interrupção da gravidez não punível)”. Em Dias, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 182-183.

<sup>46</sup> “Os casos de aborto social, ainda que insuficientes como causas da exclusão da ilicitude ou da exclusão da culpa, podem no entanto, atenuá-la sensivelmente, de modo a possibilitar que a pena seja

Com a referida alteração, o legislador resistemizou os artigos referentes ao aborto, dando-lhes ainda uma nova redacção. Com efeito, foi eliminada a autonomização do “aborto consentido” e do “aborto agravado”, ficando ambos inseridos no tipo principal, passando este a prever todas as modalidades de aborto ilícito. A lei penal passou também a prever a tramitação do “consentimento” ou do “consentimento presumido” da abortanda, elemento essencial nos casos de exclusão da ilicitude. Por fim, a lei passou ainda a punir a negligência do médico quanto à não obtenção dos documentos comprovativos legalmente exigidos no que à verificação das circunstâncias que excluem a ilicitude diz respeito e a consagrar o direito à objecção de consciência dos médicos e demais profissionais de saúde.

### 3. O crime de aborto no Código Penal de 1995

Em 1995, o único partido adverso a qualquer alteração penal era o CDS-PP, sendo que o PSD, pese embora tenha votado contra os projectos anteriores que incidiam sobre a despenalização parcial do aborto com a implementação de um sistema de prazos dentro do qual era excluída a ilicitude do aborto a pedido da mulher grávida, nunca assumiu uma posição inequívoca sobre a matéria<sup>47</sup>. Nessa medida o XII Governo Constitucional<sup>48</sup> aprovou o Código Penal de 1995<sup>49</sup>, que revogando o anterior, remodelou ligeiramente o regime penal do aborto, sem contudo aprofundar alterações substanciais relativamente à sua regulamentação. Com efeito, o novo código procedeu a alterações de pormenor na redacção do normativo, eliminou a incriminação do aborto como crime contra a integridade física da mulher grávida; converteu as causas de exclusão da ilicitude em causas de exclusão da punibilidade, adoptando a nova epígrafe “interrupção da gravidez não punível” em detrimento da anterior fórmula de “exclusão da ilicitude do aborto”; alargou o âmbito da indicação ética; e suprimiu o crime específico próprio praticado por médico que empreendesse o aborto sem se certificar da ocorrência da situação objectiva justificante.

---

especialmente atenuada, ou mesmo que o agente seja dela dispensado”. Cfr. Gonçalves, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 14ª ed.. Coimbra: Almedina, 2001, p. 495.

<sup>47</sup> Cfr. Pirralha, André Barra Gomes, *Os “Movimentos de Cidadãos” – Organização e Activismo no Referendo do Aborto de 1998*. Tese de Mestrado, Universidade de Lisboa, 2007, p. 108.

<sup>48</sup> Liderado por Aníbal Cavaco Silva, Presidente do PSD. Cfr. Decreto-Lei 451/91, de 04/12, publicado no *DR*, Série I-A, 1º Supl., n.º 279, de 04/12/1991.

<sup>49</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei 48/95, de 15/03 e publicado no *DR*, I Série-A, n.º 63, de 15/03/1995.

Nos passos a favor da despenalização, os projectos de lei subscritos, um pelo PCP que visava a despenalização do aborto até às doze semanas a pedido da mulher<sup>50</sup>, e o outro apresentado pela JS<sup>51</sup> em termos idênticos<sup>52</sup>, foram rejeitados incluindo por alguns deputados do PS<sup>53</sup> que juntaram os seus votos aos dos partidos de direita<sup>54</sup>. Contudo, na discussão conjunta com os anteriores diplomas<sup>55</sup>, foi aprovado o Projecto de Lei 235/VII<sup>56</sup> apresentado PS que previa o alargamento dos prazos da interrupção da gravidez de acordo com as indicações previstas na lei<sup>57</sup>. Tal diploma foi apoiado pelo PCP e alguns deputados do PSD, cujos restantes se dividiram entre a abstenção e o voto contra, juntamente com a bancada democrata cristã. No debate parlamentar, o aborto era visto como um desvio da maternidade enquanto função natural da mulher, constituindo por isso um delito moral<sup>58</sup>.

Na sequência da discussão dos referidos diplomas, o PSD apresentou uma proposta de referendo sobre a lei do aborto, justificando a iniciativa por se tratar “de matéria extremamente delicada e sensível que se inscreve na reserva mais íntima da consciência moral de cada cidadão”<sup>59</sup>, vindo posteriormente a retirá-la a favor da votação nominal na generalidade de vários projectos apresentados<sup>60</sup>. No entanto, na

---

<sup>50</sup> Cfr. Projecto de Lei 177/VII, publicado no *DAR*, II Série-A, n.º 51/VII/1, de 22/06/1996.

<sup>51</sup> Juventude Socialista, organização política de esquerda que surge como juventude partidária do PS. Cfr. Cruz, Manuel Braga da, “A participação política da juventude em Portugal – as elites políticas juvenis”. *Análise Social*, 1990, vol. XXV (1º-2º), n.º 105-106, pp. 223-249.

<sup>52</sup> Cfr. Projecto de Lei 236/VII, publicado no *DAR*, II Série-A, n.º 5/VII/2, de 09/11/1996.

<sup>53</sup> A estratégia eleitoral socialista nas legislativas de 1995 promoveu a inclusão de vários deputados independentes, inclusive ex-membros do CDS, o que fez crescer o número de deputados opositores à despenalização do aborto. Cfr. Freire, André e A. Baum, Michael. “Partidos políticos, movimentos de cidadãos e referendos em Portugal: os casos do aborto e da regionalização”. *Análise Social*, 2001, vol. XXXVI, n.º 158-159, p. 19.

<sup>54</sup> Cfr. *DAR*, I Série, número 42/VII/2, de 21/02/1997.

<sup>55</sup> Após parecer favorável da Comissão de Juventude, publicado no *DAR*, II Série, n.º 22/VII/2, de 20/02/1997.

<sup>56</sup> Cfr. *DAR*, I Série, n.º 86/VII/2, de 27/06/1997.

<sup>57</sup> Foi assim aprovado o Decreto da Assembleia 153/VII, publicado no *DAR*, II Série-A, n.º 64/VII/2, de 23/07/1997, que deu origem à Lei 90/1997, de 30/07, publicada no *DR*, I Série-A, n.º 174, de 30/07/1997.

<sup>58</sup> Cfr. Peniche, Andréa. *Elas somos nós – O direito ao aborto como reivindicação democrática e cidadã*. Porto: Edições Afrontamento, 2007, p. 151.

<sup>59</sup> Na qual propunha que os cidadãos se pronunciassem sobre a seguinte questão: “não existindo razões médicas, o aborto deveria ser livre durante as primeiras 12 semanas?”. Cfr. Projecto de Resolução 38/VII, publicado *DAR*, II Série-A, n.º 12/VII/2, de 09/09/1997.

<sup>60</sup> Cfr. Projecto de Lei 417/VII apresentado pelo PCP que pugnava pela “abolição da criminalização do aborto até às 12 semanas”; Projecto de Lei 448/VII apresentado pelo CDS-PP, que visava a alteração do Código Civil a fim que o mesmo passasse a reconhecer a personalidade jurídica do ser humano desde o momento da concepção, do Projecto de Lei 453/VII apresentado por dois deputados do PS que pretendiam a consagração da exclusão da ilicitude da interrupção voluntária da gravidez quando fosse a pedido da mulher por motivos socioeconómicos nas primeiras doze semanas de gravidez, e do Projecto de Lei 451/VII apresentado pelo PS que retomou o anterior projecto de lei que consagrava a despenalização do aborto por iniciativa da mulher dentro do prazo de dez semanas “para preservação da sua integridade moral, dignidade social ou maternidade consciente”; publicados no *DAR*, II Série-A, n.º 3/VII/3, de

sequência da aprovação na generalidade do projecto apresentado pelo PS que consagrava a despenalização do aborto por iniciativa da mulher dentro do prazo de dez semanas<sup>61</sup>, o Primeiro-Ministro socialista, António Guterres<sup>62</sup> e Marcelo Rebelo de Sousa, o líder do PSD, o maior partido da oposição, ambos pessoalmente contra a despenalização do aborto, celebraram um acordo que viria a desembocar na realização de um referendo sobre a questão<sup>63</sup>. Assim, o processo legislativo no que ao projecto anterior diz respeito foi interrompido por Resolução da Assembleia da República<sup>64</sup>, na sequência do Projecto de Resolução 75/VII<sup>65</sup>, que foi aprovada com os votos favoráveis do PSD e do PS, à excepção de dois deputados que votaram contra juntamente com o PCP e o PEV<sup>66</sup>, tendo-se absterido o CDS-PP<sup>67</sup>. A referida resolução deu origem ao referendo de 28 de Junho de 1998, que depois de verificada a sua constitucionalidade<sup>68</sup>, foi votado pelo eleitorado em sentido negativo por 50,9% dos votos expressos<sup>69</sup>. A campanha ficou na dependência de pequenos partidos de esquerda que não tinham meios nem capacidade para mobilizar o eleitorado, e o PS não investiu na mobilização a favor do sim<sup>70</sup>. O referendo ficou sem efeitos jurídicos por não ser vinculativo face à massiva abstenção (68,1%), entendendo-se assim politicamente inconveniente dar seguimento a uma mudança legislativa que levasse a cabo a despenalização do aborto.

A discussão do assunto voltou no ano de 2005, quando em Abril o parlamento adoptou o Projecto de Resolução 9/X<sup>71</sup> apresentado pelo PS, semelhante ao que deu

17/10/1997, no *DAR*, II Série-A, n.º 24/VII/3, de 17/01/1998, no *DAR*, II Série-A, n.º 28/VII/3, de 31/01/1998 e no *DAR*, II Série-A, n.º 27/VII/3, de 29/01/1998.

<sup>61</sup> Cfr. *DAR*, I Série, n.º 36/VII/3, de 05/02/1998.

<sup>62</sup> Chefe do XIII Governo Constitucional constituído pelo Partido Socialista. Cfr. Decreto-Lei 296-A/95, de 17/11, publicado no *DR*, Série I-A, n.º 266, 1º Sup., de 17/11/1995.

<sup>63</sup> Cfr. Alves, Magda et al. “A despenalização do aborto em Portugal...”, p. 5.

<sup>64</sup> Cfr. Resolução 16/98, publicada no *DR*, Série I-A, n.º 76, de 31/03/1998.

<sup>65</sup> Publicado no *DAR*, II Série-A, n.º 23/VII/3, de 15/01/1998.

<sup>66</sup> Partido Ecologista “Os Verdes”, de esquerda ecologista, fundado em 1982, com a então denominação de Movimento Ecologista Português - Partido “Os Verdes”, por vontade de um grupo de cidadãos em promover uma intervenção ecologista mais activa na sociedade, concorrendo sempre em coligação com o PCP quer na Aliança Povo Unido (APU) entre 1983 e 1987, quer na Coligação Democrática Unitária (CDU) à partir de 1987. Cfr. Partido Ecologista Os Verdes. *30 anos de lutas ecologistas 1982-2012*. Lisboa, 2012. Belchior, Ana Maria. “Democracia nos partidos políticos portugueses – Uma análise do eleitorado, dos programas e dos estatutos dos partidos”. *Sociologia, Problemas e Práticas*, 2008, n.º 58, pp. 131-154.

<sup>67</sup> Cfr. *DAR*, I Série, n.º 51/VII/3, de 20/03/1998.

<sup>68</sup> Cfr. Acórdão 288/98, de 17/04, publicado no *DR* Série I-A, n.º 91, 1º Supl., de 18/04/1998.

<sup>69</sup> Cfr. Mapa Oficial 3/98, publicado no *DR*, Série I-A, n.º 183, de 10/08/1998.

<sup>70</sup> Cfr. Tavares, Silvana Beline. *A despenalização/descriminalização como estratégia dos movimentos feministas nas lutas pela legalização do aborto em Portugal e no Brasil*. Tese de Doutoramento, Universidade Estadual Paulista, 2008, p. 85.

<sup>71</sup> Publicado no *DAR*, II Série-A, n.º 4/X/1, de 02/04/2005, que deu origem à Resolução 16-A/2005, publicada no *DR*, Série I-A, n.º 78, Supl. I, de 21/04/2005, com os votos favoráveis do próprio e do BE que também havia apresentado no mesmo sentido o Projecto de Resolução 7/X, publicado no *DAR*, II

origem ao Referendo de 1998. No entanto, a referida proposta foi recusada pelo Presidente da República Jorge Sampaio<sup>72</sup>, que justificou a sua decisão por entender “não estarem asseguradas as condições mínimas adequadas a uma participação significativa dos portugueses”<sup>73</sup>. Mesmo assim, em Setembro do mesmo ano, idêntica questão foi apresentada como proposta de referendo pelo PS<sup>74</sup> cuja resolução acabou por ser chumbada pelo Tribunal Constitucional<sup>75</sup>, por entender não estarem cumpridas as exigências constitucionais formais, sem sequer se debruçar sob a materialidade da pergunta formulada, porquanto tal proposta violava o princípio da proibição de renovação da iniciativa de referendo na mesma sessão legislativa.

#### 4. O crime de aborto após o Referendo de 2007

Em Setembro de 2006, foram apresentados três projectos de lei pelos partidos da extrema-esquerda, que voltaram a propor a despenalização<sup>76</sup>. Todavia, face ao compromisso eleitoral assumido pelo PS<sup>77</sup> de conduzir “uma política de verdade” e de assim suscitar um novo referendo sobre a despenalização do aborto nos termos anteriormente submetidos ao voto popular<sup>78</sup>, o Parlamento viria a aprovar mais uma resolução nesse sentido<sup>79</sup> aprovado pelos votos favoráveis do PSD, do BE<sup>80</sup> e do PS<sup>81</sup>.

---

Série-A, n.º 4/X/1, de 02/04/2005, posteriormente retirado a favor do aprovado. Cfr. *DAR*, I Série, n.º 10/X/1 de 21/04/2005.

<sup>72</sup> 18º Presidente de República Portuguesa oriundo do PS, sendo o terceiro eleito democraticamente após a Revolução, que tomou posse em 09/03/1996 e terminou o seu mandato em 09/03/2006.

<sup>73</sup> Em mensagem dirigida em 02/05/2005, publicada no *DAR*, II Série-A, n.º 12, de 07/05/2005.

<sup>74</sup> Cfr. Resolução 52-A/2005, publicada no *DR*, Série I-A, n.º 188, Supl. I, de 29/09/2005, que teve na sua origem o Projecto de Resolução 69/X, publicado no *DAR*, II Série-A, n.º 50/X/1, de 22/09/2005.

<sup>75</sup> Cfr. Acórdão 578/2005, de 28/10, publicado no *DR*, n.º 220, Série I-A, de 16/11/2005.

<sup>76</sup> O primeiro, da autoria do PCP; o segundo, da autoria do PEV, entretanto caducado; e o terceiro da autoria do BE cuja iniciativa veio a ser retirada. Cfr. Projecto de Lei 308/X, publicado no *DAR*, II Série-A, n.º 2/X/2, de 21/09/2006; Projecto de Lei 309/X, publicado no *DAR*, II Série-A, n.º 2/X/2, de 21/09/2006; e Projecto de Lei 317/X, publicado no *DAR*, II Série-A, n.º 5/X/2, de 06/10/2006.

<sup>77</sup> Que obteve a maioria absoluta nas eleições legislativas de 20/02/2005 e levou à formação do XVII Governo Constitucional liderado por José Sócrates. Cfr. Decreto-Lei 79/2005, de 15/04, publicado no *DR*, Série I-A, n.º 74, de 15/04/2005.

<sup>78</sup> Cfr. *Programa do XVII Governo Constitucional*. Presidência do Conselho de Ministros, 2005-2009, Lisboa, 2005.

<sup>79</sup> Propondo que os cidadãos fossem chamados a pronunciar-se sobre a seguinte questão: “concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?”. Cfr. Resolução 54-A/2006, publicada no *DR*, Série I, n.º 203, 2º Supl., de 20/10/2006, que teve origem no Projecto de Resolução 148/X, publicado no *DAR*, II Série-A, n.º 2/X/2, de 21/09/2006.

<sup>80</sup> Partido do Bloco de Esquerda, de esquerda socialista, fundado em 1999, na sequência da aproximação de três forças políticas: a União Democrática Popular (UDR), o Partido Socialista Revolucionário (PSR), de índole trotskista mandelista (marxista anti-estalinista), e a Política XXI, partido político socialista fundado por antigos membros do PCP e do Movimento Democrático Português/Comissão Democrática Eleitoral (MDP/CDE). Cfr. Belchior, Ana Maria. “Democracia nos partidos ...”, pp. 131-154.

<sup>81</sup> Cfr. *DAR*, I Série, n.º 14/X/2, de 20/10/2006.

Julgada pelo Tribunal Constitucional<sup>82</sup> a constitucionalidade bem como a legalidade do referendo proposto, foi o mesmo convocado pelo Presidente da República para o dia 11 de Fevereiro de 2007, o qual, ainda que não vinculativo, foi votado em sentido positivo por 59,25% dos votos expressos<sup>83</sup>. A vitória do “sim” deu origem à aprovação da Lei 16/2007, de 17 de Abril<sup>84</sup>.

Assim, hoje o Ordenamento Jurídico português, embora consagrando o princípio da protecção jurídico-penal que merece o nascituro e a punibilidade da violação do bem jurídico da vida intra-uterina, admite um número de excepções a este mesmo princípio, uma das quais baseada na livre opção da mulher, adoptando assim um sistema misto que nele abarca o modelo dos prazos, o qual pressupõe uma despenalização parcial do aborto<sup>85</sup> desde que o mesmo seja praticado dentro de determinado prazo e até certo estado da gravidez. Em suma, este modelo baseia-se numa apreciação do aborto consoante o estado da gravidez<sup>86</sup>, com a existência de liberdade total num período inicial, prazo esse em que a decisão do aborto cabe a uma pura decisão da mulher, sendo irrelevantes os motivos que lhe possam estar subjacente<sup>87</sup>. Tal modelo assenta principalmente na ideia de a mulher grávida ser um ser autónomo titular do direito a dispor do seu próprio corpo, incompatível com a sujeição a um dever de suportar uma gravidez, embora tal direito esteja limitado por critério temporais, e secundariamente no facto da vida intra-uterina não ter o mesmo valor ético-jurídico em todas as fases da gravidez e por a perseguição penal do aborto se revelar virtualmente impossível no

---

<sup>82</sup> Cfr. Acórdão 617/06, de 15/11, publicado no *DR*, Série I, n.º 223, de 20/11/2006.

<sup>83</sup> Cfr. Mapa Oficial 1/2007, publicado no *DR*, Série I, n.º 43, de 01/03/2007.

<sup>84</sup> Publicada no *DR*, Série I, n.º 75, de 17/04/2007, sob a epígrafe “exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez”, a qual veio a ser regulamentada pela Portaria 741-A/2007, de 21/06, publicada no *DR*, Série I, n.º 118, de 21/06/2007.

<sup>85</sup> “Descriminalização, no entanto, não significa forçosamente que o comportamento que se descriminaliza se torne social e muito menos moralmente aprovado ou estimulado, ou que tenha mesmo que deixar de constituir objecto de sanções não criminais ou de proveniências sociais de outro tipo”. Cfr. Martins, António Carvalho. “*O aborto...*”, p. 50.

<sup>86</sup> O qual “assenta na ideia de que a evolução da vida humana é um processo que inclui saltos qualitativos, atribuindo-se à eliminação do nascituro maior desvalor comunitário, e portanto maior tutela jurídica, à medida que o tempo da gestação avança”. Cfr. Moura, José Souto de. “Sobre o crime de aborto”. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2007, n.º 6, p. 132.

<sup>87</sup> Cfr. Loureiro, João. “Aborto: algumas questões...”, pp. 336-337. O autor classifica este modelo consoante o grau de liberdade decisória da mulher grávida, por um lado o modelo de prazos baseado na autodeterminação da mulher cuja decisão prescinde da justificação e sequer da necessidade de invocação de motivos; por outro lado, os modelos de aconselhamento, o primeiro meramente informativo que visa tornar a mulher consciente do valor da vida que transporta no seu ventre, e o modelo de aconselhamento dissuasor, que se dirige à protecção da vida à semelhança do sistema alemão. Cfr. “Sobre o aborto: algumas questões em tempo de referendo”. *Estudos*, 2006, n.º 6, pp. 62-65.

início da gravidez<sup>88</sup>. E por outro lado, porque o conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade, tal como se encarna na gravidez forçada de risco ou problemático tem características específicas em cada caso concreto, deve ser resolvido pelas pessoas directamente envolvidas em função de interesses e valores definidos<sup>89</sup>, e não por instâncias ou hierarquias alheias em função de interesses e valores indefinidos<sup>90</sup>. Aliás, um dos valores fundamentais reivindicados por uma parte das mulheres assenta no seu direito de escolha ou de opção da maternidade<sup>91</sup>, baseado num conceito de direitos sexuais e reprodutivos no qual figure, entre outros, o direito a atenção materno-infantil intimamente ligado ao direito a protecção da saúde, o direito a formar uma família, o direito a uma maternidade livre e responsável e do direito de disposição do próprio corpo.

### Referências Bibliográficas

- Abranches, Graça e Ferreira, Virgínia. “O debate sobre o aborto e a ortopedia discursiva da sexualidade”. *Análise Social*, 1986, vol. XXII (3º-4º), n.º 92-93, pp. 477-492.
- Alves, Magda; Santos, Ana Cristina; Barradas, Carlos e Duarte, Madalena, “A despenalização do aborto em Portugal, discursos, dinâmicas e acção colectiva: os referendos de 1998 e 2007”. *Oficina do CES*, 2009, n.º 320.
- Belchior, Ana Maria. “Democracia nos partidos políticos portugueses – Uma análise do eleitorado, dos programas e dos estatutos dos partidos”. *Sociologia, Problemas e Práticas*, 2008, n.º 58, pp. 131-154.
- Brito, Diogo Lorena. *A vida pré-natal na jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2007.
- Coelho, Artur M. C. da F. M. *Os partidos políticos e o recrutamento do pessoal dirigente em Portugal: o caso do PS e do PPD/PSD*. Tese de Doutoramento. Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa, 2012.

---

<sup>88</sup> Cfr. Pereira, Rui Carlos. *O crime de aborto e a reforma penal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995, pp. 80-81.

<sup>89</sup> Cfr. Letteron, Roseline. *Le droit de la procréation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 38.

<sup>90</sup> Cfr. Valencia Villa, Hernando. *Diccionario Espasa Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2003, p. 4.

<sup>91</sup> “La maternidad es un mandato social, pero también un proyecto individual”. Cfr. Rostagnol, Susana. “De la maternidad elegida a no ser madre (por ahora): anticoncepción y aborto en la vida de las mujeres”. *Sexualidad, Salud y Sociedad, Revista Latinoamericana*, 2012, n.º 12, p. 200.

- Costa, António Manuel de Almeida. “Aborto e Direito Penal: algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez”. *Revista da Ordem dos Advogados*, 1984, Ano 44, pp. 545-625.
- Cova, Anne e Pinto, António Costa. “El salazarismo”. Em Fauré, Christine (dir.). *Enciclopedia histórica y política de las mujeres – Europa y América*. Pérez Colina, Marisa (trad.). Madrid: Ediciones Akal, 2010, pp. 655-666.
- Cruz, Manuel Braga da. “A participação política da juventude em Portugal – as elites políticas juvenis”. *Análise Social*, 1990, vol. XXV (1º-2º), n.º 105-106, pp. 223-249.
- Cunha, J. M. Damião da. "Artigo 140º (Aborto)". Em Dias, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 146-158.
- Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime, Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.
- Dias, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1969.
- "Artigo 142º (Interrupção da gravidez não punível)". Em Dias, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 166-201.
- Ferrão, F. A. F. da Silva. *Theoria do Direito Penal (Theoria do Direito Aplicada ao Código Penal Portuguez comparado com o Código do Brazil, leis patreas e leis criminaes dos povos antigos e modernos)*, vol. VII. Lisboa: Imprensa Nacional, 1857.
- Ferreira, Virgínia. “As mulheres em Portugal: situação e paradoxos”. *Oficina do CES*, 1998, n.º 119.
- Freire, André e A. Baum, Michael. “Partidos políticos, movimentos de cidadãos e referendos em Portugal: os casos do aborto e da regionalização”. *Análise Social*, 2001, vol. XXXVI, n.º 158-159, pp. 9-41.
- Freire, Isabel. *Amor e Sexo no Tempo de Salazar*. Lisboa: Esfera dos Livros, 2010.
- Gonçalves, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 14ª ed.. Coimbra: Almedina, 2001.
- Jordão, Levy Maria. *Commentario ao Código Penal Portuguez*, vol. 2º, t. IV. Lisboa: Typographia de José Baptista Morando, 1854.

- Letteron, Roseline. *Le droit de la procréation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.
- Lisi, Marco. “O Partido Comunista Português na transição para democracia (1974-1976) – Entre integração política e institucional”. *Penélope, Revista de história e ciências sociais*, 2004, n.º 30-31, pp. 161-177.
- “O PCP e o processo de mobilização entre 1974 e 1976”. *Análise Social*, 2007, vol. XLI, n.º 182, pp. 181-205.
- *Os partidos políticos em Portugal: continuidade e transformação*. Coimbra: Livraria Almedina, 2011.
- Loureiro, João. “Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais (a propósito de uma reforma legislativa)”. *Boletim da Faculdade de Direito*, 1998, n.º 74, pp. 327-403.
- “Sobre o aborto: algumas questões em tempo de referendo”. *Estudos*, 2006, n.º 6, pp. 35-113.
- Martins, António Carvalho. *O aborto e o problema criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
- Martins, Susana. “A fundação do Partido Socialista em 1973”. Em Canas, Vitalino (org.). *O Partido Socialista e a democracia*. Oeiras: Celta Editora, 2005, pp. 29-49.
- Moura, José Souto de. “Sobre o crime de aborto”. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 6, 2007, pp. 123-138.
- Peniche, Andréa. *Elas somos nós – O direito ao aborto como reivindicação democrática e cidadã*. Porto: Edições Afrontamento, 2007.
- Pereira, José Pacheco. “Contribuição para a história do Partido Comunista Português na I República (1921-26)”. *Análise Social*, 1981, vol. XVII (3º-4º), n.º 67-68, pp. 695-713.
- Pereira, Rui Carlos. *O crime de aborto e a reforma penal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.
- Pimentel, Irene Flunser. “A assistência social e familiar do Estado Novo nos anos 30 e 40”. *Análise Social*, 1999, vol. XXXIV (2º e 3º), n.º 151-152, pp. 477-508.
- Pirralha, André Barra Gomes. *Os “Movimentos de Cidadãos” – Organização e Activismo no Referendo do Aborto de 1998*. Tese de Mestrado, Universidade de Lisboa, 2007.

- Reis, António. “O Partido Socialista na revolução”. Em Canas, Vitalino (org.). *O Partido Socialista e a democracia*. Oeiras: Celta Editora, 2005, pp. 51-93.
- Robinson, Richard A. H. “Do CDS ao CDS-PP: o Partido do Centro Democrático Social e o seu papel na política portuguesa”. Barradas, Ana (trad.). *Análise Social*, 1996, volume XXXI (4º), n.º 138, pp. 951-973.
- Rostagnol, Susana. “De la maternidad elegida a no ser madre (por ahora): anticoncepción y aborto en la vida de las mujeres”. *Sexualidad, Salud y Sociedad, Revista Latinoamericana*, 2012, n.º 12, pp. 198-223.
- Santos, Boaventura Sousa. “L’Interruption de la Grossesse sur Indication Médicale dans le Droit Pénal Portugais”. *Boletim da Faculdade de Direito*, 1967, n.º 43, pp. 163-221.
- Santos, Maciel Morais. “O Partido Socialista nos seus primeiros anos – Duas eleições perdidas”. *Revista da Faculdade de Letras, História*, 1994, II Série, vol. XI, pp. 287-332.
- Stock, Maria José. “O centrismo político em Portugal: génese do Bloco Central e análise dos partidos da coligação”. *Análise Social*, 1985, vol. XXI, n.º 85, p. 45-61.
- Tavares, Manuela. *Movimentos de mulheres em Portugal nas décadas de 70 e 80*. Lisboa: Livros Horizonte, 2000.
- *Aborto e contraceção em Portugal*. Lisboa: Livros Horizonte, 2003.
- Tavares, Silvana Beline. *A despenalização/descriminalização como estratégia dos movimentos feministas nas lutas pela legalização do aborto em Portugal e no Brasil*. Tese de Doutoramento, Universidade Estadual Paulista, 2008.
- Telo, António José. *História Contemporânea de Portugal – Do 25 de Abril à Actualidade*, vol. I. Lisboa: Editorial Presença, 2007.
- Valencia Villa, Hernando. *Diccionario Espasa Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2003.
- Vilar, Duarte. “Portugal – the country of easy, illegal and unsafe abortion”. Em Rolston, Bill e Eggert, Anna (org.). *Abortion in the new Europe – A comparative handbook*, Westport: Greenwood Press, 1994, pp. 215-228.



**X. DERECHOS DE LAS PERSONAS  
CON DISCAPACIDAD**



# LA VULNERABILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO VÍCTIMAS DE VIOLENCIA

## THE VULNERABILITY OF PEOPLE WITH DISABILITIES AS VICTIMS OF VIOLENCE

Javier García Medina  
*Universidad de Valladolid*

**Resumen:** La violencia sobre las personas con discapacidad ha sido y es una constante histórica que obedece a una serie de causas, especialmente vinculadas al género y a la edad. La pregunta es por qué perviven y cómo abordar tales circunstancias. La cifra de casos de personas con discapacidad víctimas de violencia sigue siendo un dato oscuro y de difícil determinación. El propio concepto de qué sea un trato inhumano y cruel ha de ser debidamente concretado, para lo que es de obligada referencia la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**Palabras clave:** Tratos crueles, inhumanos y degradantes, Discapacidad, Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**Abstract:** Violence against people with disabilities has been and is a historical constant that is due to a series of causes, especially related to gender and age. The question is why they survive and how to address such circumstances. The number of cases of people with disabilities victims of violence remains obscure and difficult to determine. The very concept of inhuman and cruel treatment must be duly concretized, for which the doctrine of the European Court of Human Rights is bound to be a reference.

**Keywords:** Cruel, inhuman and degrading treatment, Disability, Human Rights, European Court of Human Rights.

### 1. Consideraciones iniciales

La impronta dejada por siglos de estigmatización provoca que sean muchos los campos en los que hay que trabajar para vencer roles y estereotipos vinculados a las personas con discapacidad. Solo mencionar la visión de las personas con discapacidad como sujetos dependientes, incapaces de tomar decisiones o inútiles, y el avance que la Convención representa bajo el principio de la autonomía, entre otros.

Sin embargo, la implantación de lo recogido en la Convención choca precisamente con un cúmulo de barreras y atavismos, que lejos de ceder, persisten en obstaculizar su desarrollo. Los cambios sociales en general son lentos y si, como ocurre con lo establecido en la Convención, requieren de aporte económico, ello dificulta más su implementación. Pero el factor económico es importante pero no decisivo porque lo establecido por la Convención atraviesa todos los ámbitos sociales, públicos y privados,

y tiene que ver con un conocimiento y sensibilización de quienes han de adoptar las decisiones legislativas y ejecutarlas en el campo de la Administración.

## **2. Los tratos crueles, inhumanos y degradantes en el marco de la Convención de Nueva York y otros documentos**

El artículo 15.1.<sup>1</sup> de la Convención, de forma específica, pero también los artículos 16 y 17 son una manifestación clara de la necesidad de abordar la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y la explotación, la violencia y el abuso, tanto en el ámbito doméstico como fuera de él, con medidas legales, judiciales, administrativas, sociales y educativas. Estos artículos demandan que existan por parte de los Estados, que operan como sujeto pasivo, programas de prevención, presididos por la perspectiva de género, edad y discapacidad y señalando a las mujeres y la infancia como colectivos de especial protección. Exigen, además, que los Estados se doten de recursos para la recuperación e integración de las víctimas. Implican pues, estos artículos, el reconocimiento explícito de la existencia de formas diversas de explotación, violencia y abusos sobre las personas con discapacidad que hay que atajar con urgencia.

Al igual que en el artículo 16, se adopta aquí un concepto amplio de violencia, ya que ésta incide de forma exponencial en su situación de aislamiento y exclusión social, política, económica y cultural, generando por tanto una múltiple discriminación. El *Informe del Relator de Naciones Unidas relativo al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (9/8/2013)*<sup>2</sup>, señala que las situaciones de conflicto en sus diversas formas (los conflictos armados, los disturbios internos, las protestas, los desórdenes, las revueltas civiles y la agitación, los territorios ocupados y los territorios en los que hay una presencia militar constante), colocan a muchos individuos en situación de discapacidad e incrementan los efectos sobre quienes ya lo estaban, provocando cuadros de estrés y depresión. Las posibilidades de un tratamiento eficaz en muchos casos desaparecen porque la marcha de médicos y personal sanitario y los ataques contra el personal sobre el terreno impiden un abordaje tanto en el momento del conflicto como en su desarrollo posterior, ya que en este caso el sistema de salud se haya destruido y la reconstrucción suele tardar en producirse.

---

<sup>1</sup> Artículo 15. Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes  
1. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento .

<sup>2</sup> *Informe del Relator de Naciones Unidas relativo al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (A/68/297), de 9 de agosto de 2013* [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/423/00/PDF/N1342300.pdf?OpenElement>> [20 marzo 2017].

Pero la situación puede agravarse si el entorno familiar más cercano abandona a la persona con discapacidad para poder huir del conflicto y en caso de llevarlo consigo como tal grupo se convierten en desplazados, aumentando la marginación.

Pero la violencia o el abuso pueden revestirse de otras formas, tal y como lo señala el documento “Monitoring the Human Rights of Persons with Disabilities in Europe”(CommDH/Speech(2014)5)<sup>3</sup> del Comisario del Consejo de Europa para los Derechos Humanos, al subrayar que se ha incrementado el número de expresiones de odio y de delitos con base en el odio hacia las personas con discapacidad como consecuencia de ventajas y beneficios que han obtenido en algunos países. Llama la atención sobre la existencia de un discurso del odio con base en la discapacidad que puede pasar desapercibido, si bien la *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA), indica que las diferentes formas de acoso y violencia se alzan como barreras para la integración social de las personas con discapacidad.

Los prejuicios hacia el “diferente”, hacia lo diverso, no son exclusivos de grupos extremistas que utilizan cualquier rasgo diferenciador para discriminar, sino indicadores del grado de intolerancia presente aún en las sociedades actuales. El hecho de pertenecer a una minoría, ser inmigrante, tener una u otra orientación sexual o ser una persona con discapacidad convierte a muchos ciudadanos en víctimas de violencia verbal, física y psicológica, porque el prejuicio social opera como encubridor de los autores de tal violencia y coloca a la víctima y a quienes la rodean en una especial indefensión al no poder denunciar tales ataques y porque, de hacerlo, se hace muy difícil conseguir que tal comportamiento sea identificado como una acción violenta. Estableciendo una impunidad en los autores y un desánimo y desesperanza en las víctimas. Y lo que es aún peor, y en este punto incide el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>4</sup>, es que el delincuente elige a su víctima en función de lo que eso parece ser, de manera que al patente elemento discriminatorio se añade el mensaje humillante de que una característica no elegida por la víctima sirve para hacer pensar que sus derechos tienen mucho menos valor. Lo cual puede incitar a otros a actuar de la misma manera.

<sup>3</sup> Nils Muižnieks. *Monitoring the Human Rights of Persons with Disabilities in Europe*”(CommDH/Speech(2014)5) [en línea]. Vienna, Austria, 10-11 April 2014. <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2503663&SecMode=1&DocId=2130702&Usage=2>> [20 marzo 2017].

<sup>4</sup> Consideraciones sobre el “discurso del odio”. Cour Européenne des Droits de l’homme. *Discours de haine* [en línea]. Strasbourg: Cour Européenne des Droits de l’homme, mars 2017. <[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Hate\\_speech\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_FRA.pdf)> [20 marzo 2017].

Si bien la *Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea* (2008/913/JAI), circunscribe los delitos de odio a los motivados por la raza, el color, la religión, la ascendencia u origen nacional o étnico, el informe “*Mettre en évidence les crimes de haine dans l’Union européenne : reconnaître les droits des victimes*” de la FRAP, incluye a las personas con discapacidad como víctimas del lenguaje y de los delitos de odio. Además se señala que muchos países en las definiciones penales para la protección contra la discriminación han incluido la discapacidad. Es el caso del artículo 510 del Código Penal español, que expresamente recoge la referencia a las personas con discapacidad (utilizando el término minusvalía) como grupo protegido por este tipo penal, ya que prohíbe todo acto de discriminación, odio o violencia contra ellos. Pero no es esa la situación en todos los países de la Unión Europea, además existe una laguna en la toma de datos que puede provocar que las víctimas de los llamados “crímenes de odio” no encuentren la oportuna reparación. Esta “cifra oscura” en buena medida viene determinada por la desconfianza que los propios individuos y grupos vulnerables tienen hacia estos tipos delictivos poco concretos, no comunicando los hechos a las autoridades, las cuales, a su vez, se encuentran con la dificultad de interpretar adecuadamente una conducta como “crimen de odio”.

El hecho de que no se haya sustanciado ningún caso aún ante los tribunales españoles, no supone que haya que deducir que el riesgo del que se habla en el ámbito regional europeo no se dé en la sociedad española, sino que precisamente se ha de estar muy vigilante e incidir en programas de prevención de diferente tipo y en distintos ámbitos.

Desde Unicef en el *Informe Mundial de la Infancia 2013. Niños y niñas con discapacidad*, se abordan los malos tratos, revelando que los niños y niñas en edad preescolar y en edad joven, están más expuestos a padecer malos tratos por los demás niños sin discapacidad y por los adultos. Urge este informe a que aquellos niños y niñas con discapacidad que estén ingresados en instituciones reciban una especial atención al entender que se deben considerar como un grupo de alto riesgo a padecer violencia y cuya detección es fundamental. La institucionalización según la organización *Disability Rights International*<sup>5</sup> puede provocar más probabilidades de desarrollar deficiencias que dificulten su crecimiento, y los más jóvenes corren el riesgo de sufrir además daños

---

<sup>5</sup> Se puede consultar la campaña de esta organización por la no institucionalización de las personas con discapacidad: <http://www.disabilityrightsintl.org/>. Ver también: Nils Muižnieks. *Monitoring the Human Rights...*

psicológicos irreversibles; retraso en el desarrollo, al dejan de comer en muchos casos; niños hacinados, falta de personal y a veces mal preparado; complicaciones médicas por falta de movimiento; la falta de atención y apoyo emocional hace que muchos niños y niñas se vuelven autodestructivos; sometimiento a sujeciones y ataduras; la enfermedad incrementa el riesgo de morbilidad e incluso se los somete a tratamientos sin anestesia; las desapariciones no son infrecuentes al no haber programas de vigilancia.

Niños y niñas<sup>6</sup> pueden sufrir violencia bajo la forma de un tratamiento orientado a modificar su conducta, como, por ejemplo, la electroconvulsión, la terapia con fármacos o el electroshock. Los niños y niñas con discapacidad presentaban un riesgo considerablemente mayor de experimentar violencia que sus compañeros no discapacitados, siendo 3,7 veces más proclives a padecer modalidades combinadas de violencia, 3,6 veces más proclives a ser víctimas de violencia física y 2,9 veces más tendentes a padecer violencia sexual.

### 3. Vulnerabilidad vinculada al género y a la edad

Las mujeres con discapacidad constituyen un colectivo especialmente vulnerable cuando se habla de víctimas de violencia<sup>7</sup>, pues a la discapacidad se añade un elemento más de discriminación como es el género<sup>8</sup>. Las niñas y las mujeres sufren en una escala mayor situaciones de discriminación. Los roles sociales están estructurados en diferentes categorías a las que hay que pertenecer para formar parte de la representación social. Pero las categorías se fundan y construyen sobre estereotipos. En la sociedad son los hombres quienes elaboran, perpetúan y transmiten estereotipos sobre la mujer basados en la fertilidad, el hogar y la belleza. Tradicionalmente se ha ubicado a la mujer en el hogar, destinada a la gestación, para lo cual era primordial la belleza, y, por tanto, le correspondía el papel de madre y educadora.

Las mujeres con discapacidad, sin embargo, observan como, por un lado se las deja fuera de lo que se ha definido como el patrón de mujer y se las presenta como

---

<sup>6</sup> Campoy Cervera, Ignacio y Palacios Rizzo, Agustina. "Niños y niñas con discapacidad: reflexión general y concreción en España". En Cuenca, Patricia (ed.). *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 547.

<sup>7</sup> "Cuando la imagen personal se enfrenta a la percepción social" [en línea]. *Revista Enredando. Red de Mujeres con Discapacidad*, diciembre de 2008, nº 16. <<http://www.canfandalucia.org.es/public/mediaExchange/Documentos/enredando16.pdf>> [30 agosto 2016].

<sup>8</sup> Fernández, Pedro. *Compendio sobre violencia de género y factores de discriminación en la mujer con discapacidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp.79-82.

asexuadas, incapaces para el hogar y carentes de belleza, aunque se las confine al ámbito doméstico; pero por otro lado se resalta su discapacidad y se las convierte en inservibles, limitadas y eternamente infantiles, de forma que, al igual que el resto de personas con discapacidad, se las considera enfermas, irresponsables o inútiles, recibiendo además un trato indiferente, de rechazo, sobreprotección, lástima o sobrevaloración.

Estereotipos transmitidos y reproducidos por agentes de socialización como las amistades, familia, la educación y los medios de comunicación, creando en la visión de la sociedad una idea discriminatoria que no se corresponde con la autopercepción de las propias mujeres con discapacidad. Las mujeres con discapacidad han sido privadas del uso de su sexualidad, la maternidad o el trabajo, debido a la sobreprotección que se ejerce hacia ellas y que provoca falta de autonomía personal y de desarrollo social y laboral. Las mujeres con discapacidad sobrevenida en etapa adulta, sufren la comparación entre la situación actual y la anterior, obstaculizándoles aprehender la realidad ya existente. Las niñas con discapacidad hallan dificultades para convivir en el ambiente escolar con el resto del alumnado, de tal modo que el resto de niñas y niños no tienen la oportunidad de crear una imagen real de sus compañeras con discapacidad. Si bien la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en su artículo 24, habla de un sistema de educación inclusivo, la realidad no responde a ese requerimiento normativo internacional.

Los medios de comunicación presentan a las personas con discapacidad en general y a las mujeres en particular como sujetos dignos de admiración, como héroes, o bien como merecedores de lástima y compasión. Los medios tratan a las mujeres con discapacidad desde la inferioridad, la marginación, el paternalismo y la superación, siendo este último igual de negativo que los demás. No incluyéndolas en lo que los medios consideran como deseable, sino en lo raro, y tampoco como ajustado a los estándares de belleza cara a la aceptación social y a la consecución de la satisfacción personal. Sin posible identificación con ningún colectivo aprobado socialmente y sufriendo un deterioro de la autoestima y la autopercepción.

La visibilidad del colectivo en los medios no existe y si lo hace, es en la sección de sociedad o sucesos asociada a los conceptos negativos. Por estos motivos, y siguiendo las recomendaciones de los últimos documentos oficiales en materia de género y discapacidad, se debe promover una imagen adecuada de las mujeres con

discapacidad, que se ajuste a la realidad y en cuya elaboración se tenga en cuenta a la propia mujer con discapacidad.

Las mujeres con discapacidad tienen un riesgo cuatro veces mayor de sufrir violencia en atención a los diversos factores que se desprenden de la Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía Personal y Dependencia, (EDAD 2008) del Instituto Nacional de Estadística<sup>9</sup>, y que se pueden señalar los siguientes: un mayor índice de analfabetismo; niveles educativos más bajos; menor actividad laboral y/o con puestos de trabajo de menor responsabilidad y peor remunerados; mayor aislamiento social; más baja autoestima; mayor dependencia económica respecto de la familia y/o personas responsables de apoyarlas; mayor dependencia socio afectiva y emocional; menor desarrollo personal y social; gran desconocimiento de la sexualidad y numerosos y catastróficos mitos al respecto; menor desarrollo personal y social; mayor desprotección socio sanitaria; baja autovaloración de la imagen corporal.

La esterilización forzada y el aborto coercitivo son formas de violencia contra las mujeres con discapacidad, dado que se llevan a cabo sin su consentimiento o sin que comprendan el propósito específico de tales prácticas médicas, y bajo el pretexto del bienestar de la propia mujer con discapacidad. Se violan, así, sus derechos humanos fundamentales y se les priva de los mismos, entre ellos el derecho a salvaguardar su integridad corporal y el derecho a controlar su propia salud reproductiva, en el sentido señalado por el artículo 23.1.b. de la Convención.

La edad avanzada opera como desencadenante de nuevas situaciones de discapacidad o profundizando en las existentes. Naciones Unidas ha fijado un conjunto de estándares básicos (Estándares Naciones Unidas, 2011)<sup>10</sup> con los que poder analizar la situación de las personas mayores y sus derechos en una determinada comunidad y destaca entre ellos el referido a mayores y vulnerabilidad, aludiendo a que el proceso de envejecimiento va exponiendo a la persona mayor a situaciones de vulnerabilidad que llevan a su extremo en las condiciones de discapacidad física y mental. Lo que implica

---

<sup>9</sup> Instituto Nacional de Estadística (INE). *Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD)* [en línea]. Madrid: INE, 2008. <<http://www.ine.es/jaxi/menu.do;jsessionid=BBC7C64324FB622FAFB69B0130F4BA4F.jaxi01?type=pcaxis&path=/t15/p418&file=inebase&L=0>> [30 agosto 2016].

<sup>10</sup> Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). *Human rights of older persons: International human rights principles and standards, Background paper-revised and updated Open-ended Working Group, GA resolution 65/182* [en línea]. New York, 18-21 April 2011. <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/OlderPersons/OHCHRBackgroudpaper2011.pdf>> [20 marzo 2017].

programas de prevención tanto en el terreno alimentario como en ámbitos de abusos, violencia y malos tratos contra las personas mayores<sup>11</sup>

El Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (E/2012/51)<sup>12</sup>, de 20 de abril de 2012, analiza la situación de los derechos culturales, económicos, políticos y sociales de las personas mayores, realizando una serie de consideraciones importantes para valorar la insuficiente y débil protección que reciben las personas mayores derivadas del incumplimiento de las propias condiciones de la *Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2002*, como de las condiciones fácticas en las que se encuentran las personas mayores. En concreto se indica que la vejez y la discapacidad son factores que, por separado o combinados, pueden hacer que una persona sea vulnerable a una serie de violaciones de los derechos humanos, desde la violación de su derecho a la libertad de circulación, debido a los obstáculos físicos, hasta la administración de un tratamiento médico sin un consentimiento libre y con conocimiento de causa del interesado.

El abuso de las personas mayores, y más si están en situación de discapacidad, puede ser físico, psicológico, sexual o emocional. Al igual que en el caso de la discriminación, el abuso de las personas de edad es con frecuencia un fenómeno oculto. Además, la insuficiencia general de estadísticas e información fiables complica la tarea de evaluar el alcance del problema y ofrecer soluciones eficaces. La explotación financiera, una modalidad de abuso que puede revestir diversas formas como amenazas contra sus propiedades, ingresos o bienes incluido el fraude, la privación arbitraria de su propiedad, el robo, la expropiación de tierras, propiedades o bienes y la pérdida fraudulenta del disfrute y ejercicio de su capacidad jurídica con el fin de asumir el control de sus asuntos financieros.

#### **4. Causas del mantenimiento de la violencia sobre las personas con discapacidad**

Identificados algunos de los elementos que operan en el escenario de violencia parece que la situación estaría en disposición de verse neutralizada y en proceso de eliminación de estos contextos. Sin embargo, esto no parece que se vaya a producir en estos términos pues si se atiende al *Informe del Comisario para los Derechos Humanos*

---

<sup>11</sup> Javato, Manuel y de Hoyos, Monserrat (dirs.). *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores*. Valencia: Tirant, 2010, p.67.

<sup>12</sup> Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (E/2012/51)* [en línea]. Nueva York, 20 de abril de 2012. <[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/SForum/SForum2014/E.2012.51\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/SForum/SForum2014/E.2012.51_sp.pdf)> [20 marzo 2017].

del Consejo de Europa, referido a España, tras su visita de 3 de junio de 2013<sup>13</sup>, la situación de las personas con discapacidad viene empeorando y, por tanto, la exposición a situaciones de violencia sigue siendo un riesgo. Se menciona la reducción o supresión de la financiación para la interpretación del lenguaje por signos en servicios públicos como los tribunales, dificultando la denuncia de situaciones de abuso, violencia o maltrato<sup>14</sup>. Violándose, a renglón seguido, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Las reducciones a la protección social han provocado que muchas personas con discapacidad se hayan visto privadas de una asistencia profesional adecuada, siendo las familias quienes se van a hacer cargo de los cuidados de la persona con discapacidad, generándose a partir de este momento una espiral que puede dar lugar a abusos, malos tratos y violencia. La obligación de atender a una persona con discapacidad, y más si es un niño o un anciano, puede convertirse en una carga extraordinaria para sus cuidadores, incrementándose el riesgo de maltrato. En este caso el aislamiento, la falta de comunicación y los obstáculos puestos a la misma, imposibilitan el que se puedan denunciar episodios de abuso y maltrato.

Se subraya en el informe (punto 61) que las subvenciones a familiares ha llevado a la bancarrota a numerosas empresas que daban servicio a personas dependientes, con la consiguiente falta de cuidados especializados y la anulación de una vía para detectar posibles agresiones. El hecho de que en muchas ocasiones el principal ingreso de las familias, como consecuencia del desempleo, sea la percepción económica de la persona con discapacidad también condiciona su vulnerabilidad. El Comisario expresa su preocupación (punto 90) porque medidas injustificadas y regresivas puedan generar un mayor grado de marginación y exclusión, y una posible vuelta a la institucionalización, camino que España había ido progresivamente abandonando (punto 97).

---

<sup>13</sup> Nils Muižnieks. *Informe: CommDH(2013)18* [en línea]. Estrasburgo, 9 de octubre de 2013. <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2108303&Site=CommDH&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>> [20 marzo 2017]. El informe hace especial hincapié en las repercusiones de las medidas de austeridad en la autonomía personal de las personas con discapacidad y en su acceso a los servicios generales; en el empleo; en el acceso de los niños con discapacidad a la educación incluyente y en la discapacidad intelectual y psicosocial.

<sup>14</sup> *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación*. Precisamente en esta guía se recoge como un indicador de resultado asociado a la Integridad física y mental de las personas detenidas o recluidas, la incidencia y prevalencia de la defunción, las lesiones y las enfermedades transmisibles y no transmisibles (por ejemplo, VIH/SIDA, paludismo y tuberculosis, discapacidad mental) durante la privación de libertad.

La *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2013*<sup>15</sup> llama la atención sobre la importancia de tener datos estadísticos para apreciar la situación concreta de las personas con discapacidad y de los grados de vulnerabilidad, de forma que quepa distinguir entre las personas con discapacidad aquellas afectadas por deterioros cognitivos y las que lo son por enfermedades mentales. Rangos de sexo y edades serían también datos relevantes para abordar programas y normativas específicos. Por su parte la *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2015*<sup>16</sup>, insiste en “la necesidad de articular mecanismos de registro y seguimiento no solo a efectos estadísticos internos, sino también debido a que desde los organismos europeos se viene demandando información tanto acerca de la tipología delictiva como acerca del motivo discriminatorio que subyace en cada una de las acciones ilícitas (origen nacional, orientación sexual, ideología, religión, creencia, raza, etnia, discapacidad...)”, para adoptar las medidas legislativas, sociales y públicas que correspondan<sup>17</sup>.

Si una de las vías para reducir y eliminar la violencia sobre las personas con discapacidad era caminar hacia la visibilidad y presencia en la vida social, parece que las circunstancias actuales suponen, al menos, un freno en este camino.

## **5. La concepción de tratos crueles, inhumanos y degradantes relacionados con personas con discapacidad a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El estado de la cuestión que se ha presentado manifiesta una vulneración de derechos humanos prácticamente absoluta pues coloca al individuo ante la imposibilidad de desarrollar sus capacidades individuales y por tanto de participar de la vida pública en común, lo que supone una privación de derechos civiles y políticos,

---

<sup>15</sup> Torres-Dulce Lifante, Eduardo. *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, 2013, p.635. Ver: sección 2.3.4 Protección de los derechos de las personas con discapacidad.

<sup>16</sup> Madrigal Martínez-Pereda, Consuelo. *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, 2015, p.737. Ver :Capítulo IV, sección 2.5 Protección de los derechos de las personas con discapacidad.

<sup>17</sup> Informe anual 2015 del Defensor del Pueblo, II Supervisión de la actividad de las Administraciones Públicas, apartado 8.3.: Informe anual 2015 del Defensor del Pueblo, en el que se recogen casos y condiciones que inciden sobre la vida de las personas con discapacidad: demora en la tramitación de los procedimientos de valoración inicial o revisión de la situación de discapacidad; instar la modificación del Baremo de reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad para adecuarlo a la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF/OMS-2001); necesidad de acciones positivas dirigidas a promover el acceso al empleo de las personas con capacidad intelectual límite, que tengan reconocida oficialmente su situación, aunque no alcancen un grado de discapacidad del 33 por ciento; información a personas sordas en emergencias; accesibilidad de oficinas públicas.

pero también de derechos económicos, sociales y culturales. En especial, y a los efectos del tema del que versa este trabajo, se hallan concernidos los derechos relativos a los tratos crueles, inhumanos y degradantes de diferentes instrumentos internacionales.

En el ámbito universal, el artículo 5 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH) señala que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El artículo 7 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* recoge también que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.” Del mismo modo la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*<sup>18</sup>, hace alusión en el artículo 2 a esta cuestión indicando que “Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”, añadiendo en el artículo 8 que “Toda persona que alegue que ha sido sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, por un funcionario público o a instigación del mismo, tendrá derecho a que su caso sea examinado imparcialmente por las autoridades competentes del Estado interesado”.

La *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*<sup>19</sup> en su artículo artículo 16.1. señala que “Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

<sup>18</sup> Asamblea General de Naciones Unida. *Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* [en línea], 9 de diciembre de 1975. <<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/torturas/1979-Declaracion-Proteccion-contra-tortura-y-otros-tratos-cruels-inhumanos-o-degradantes.htm>> [30 agosto 2016].

<sup>19</sup> Asamblea General de Naciones Unida. *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* [en línea], 10 de diciembre de 1984. <<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/torturas/1984-Convencion-Proteccion-contra-tortura-y-otros-tratos-cruels-inhumanos-o-degradantes.htm>> [30 agosto 2016].

La Observación general N° 3 (2012) del Comité contra la Tortura se refiere al artículo 14 de la Convención que aborda la tortura, pero tal y como se acaba de señalar en lo atinente a las obligaciones de los Estados ha de sustituirse, cuando corresponda, el término tortura por otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En este sentido la Observación contempla un concepto amplio de víctima<sup>20</sup> al entender por tal toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de actos u omisiones que constituyan una violación de la Convención. Una persona será considerada víctima con independencia de que el autor de la violación haya sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación de familia o de otra índole que exista entre el autor y la víctima. El término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima así como las personas que hayan sufrido daños al intervenir para socorrer a una víctima o para impedir su victimización",<sup>21</sup>

Según la Observación el artículo 14 de la Convención contra la tortura las obligaciones de los Estados para proceder a la reparación de las víctimas son sustantivas (alcance del derecho a la reparación) y de procedimiento (ejercicio del derecho a la reparación). Las sustantivas consisten en:

1.- Restitución. Ha de restablecerse a la víctima en la situación anterior a la vulneración y no dejarla en una situación en que la tortura y los malos tratos se puedan repetir, abordando las causas estructurales de la infracción y eludiendo toda discriminación por género, orientación sexual, discapacidad, origen étnico, edad y religión, u otro motivo de discriminación.

2.-Indemnización. El derecho a una indemnización pronta, justa y adecuada por torturas o malos tratos a que se refiere el artículo 14 tiene múltiples dimensiones y debe ser suficiente para compensar los perjuicios a los que se pueda asignar un valor económico y sean consecuencia de torturas o malos tratos, sean o no pecuniarios.

3.-Rehabilitación. La rehabilitación consistirá en la restitución de funciones o la adquisición de las nuevas competencias que requieran las nuevas circunstancias en que se encuentre la víctima, procurando la mayor autonomía, con los ajustes necesarios

---

<sup>20</sup> En esta línea se enmarcaría la DIRECTIVA 2012/29/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

<sup>21</sup> La Observación aclara que "En algunos casos, las personas que han sufrido daños tal vez prefieran el término "supervivientes".

en su ámbito físico y social, que garanticen la independencia física, mental, social y profesional y la inclusión y participación plenas en la sociedad. Subrayándose que la obligación no está condicionada a los recursos disponibles y es inaplazable. Estableciéndose por los Estados un “planteamiento integrado y de largo plazo y asegurarse de que los servicios especializados para las víctimas de la tortura estén disponibles, sean apropiados y fácilmente accesibles”<sup>22</sup>, promoviendo la resiliencia de la víctima y el riesgo de nuevos traumas

4. Satisfacción y derecho a la verdad. Obligación que se centra en la investigación y procesamiento penal que imponen los artículos 12 y 13 de la Convención y otras medidas<sup>23</sup>. No realizar estas actuaciones supondría negar de facto la reparación y, en consecuencia, incumplir las obligaciones que le impone el artículo 14.

5.-Garantías de no repetición. Los artículos 1 a 16 de la Convención establecen medidas concretas que los Estados partes han de entender como esenciales para prevenir y garantizar que no se repitan las torturas y los malos tratos, de manera específica, instrucciones claras a los funcionarios públicos sobre la Convención.

Por su parte las obligaciones procedimentales serían:

1.- Legislación. Los Estados deberán adoptar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para evitar la tortura y han de recoger en la legislación penal “los elementos de la tortura que se definen en el artículo 1 de la Convención y los requisitos del artículo 4”. Reconocimiento a las víctimas de un recurso efectivo y su derecho a obtener una reparación apropiada. Evitar la revictimización y los traumas a través del derecho interno.

---

<sup>22</sup> Los servicios de atención “deben incluir un procedimiento para la determinación y evaluación de las necesidades terapéuticas y de otra índole de las personas basado, entre otras cosas, en el *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Protocolo de Estambul)* y que podría incluir una amplia variedad de medidas interdisciplinarias, como servicios médicos, físicos y psicológicos de rehabilitación; servicios sociales y de reintegración; asistencia y servicios comunitarios y orientados a la familia y formación profesional y educación, entre otros”.

<sup>23</sup> “Medidas eficaces para poner coto a las violaciones; la verificación de los hechos y revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no cause más daño o atente contra la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de quienes hayan intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; la búsqueda de las personas desaparecidas, de la identidad de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos, según los deseos expresos o presuntos de la víctima o las familias afectadas; una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad o reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de la responsabilidad y actos de conmemoración y homenaje a las víctimas”.

2.-Mecanismos eficaces para presentar quejas y llevar a cabo investigaciones. Los cuales han de ser imparciales y efectivos. Señala el Comité que la reparación no debe esperar a la resolución de los aspectos penales y procesales, condicionar la reparación a estos trámites implicaría el incumplimiento del Estado de la Convención.

3.- Acceso a los mecanismos para obtener reparación. Ha de darse información a las víctimas y sus familias sobre su derecho a obtener una reparación, a través de procedimientos transparentes, asequibles, participativos y con asistencia letrada adecuada.

En resumen las barreras u obstáculos con las que puede enfrentarse el derecho a la reparación consistirían en “una legislación nacional inadecuada, la discriminación en el acceso a los mecanismos de presentación de quejas e investigación y a los procedimientos de recurso y reparación; la falta de medidas adecuadas para que los presuntos autores de actos de tortura queden bajo custodia; las leyes relativas al secreto de Estado; los requisitos de procedimiento y prueba que dificultan la determinación del derecho a la reparación; las normas sobre prescripción, amnistía e inmunidades; la falta de medidas suficientes de protección y asistencia letrada para víctimas y testigos y el estigma y los efectos físicos y psicológicos y otros efectos conexos que surten la tortura y los malos tratos”.

La Observación general llama la atención en reiteradas ocasiones a atender a la discapacidad para evitar posibles situaciones de discriminación, precisamente porque las personas con discapacidad se encuadran dentro de los grupos en situación de especial vulnerabilidad. En consecuencia lo dicho hasta aquí sobre tortura y malos tratos es aplicable en el marco de las personas con discapacidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 15 de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, relativo a la Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes:

1. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Por su parte el sistema europeo de protección de derechos en el *Convenio para la Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (CEDH) en su artículo 3 relativo a la prohibición de tortura se recoge una formulación muy similar a la de la DUDH, indicando que “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* en su artículo 4 referido a la- Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes recoge una redacción similar “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”

En el marco nacional el Código Penal introducía en 1995 la “integridad moral” como bien jurídico protegido en el artículo 173.1. (párrafo 1º): “El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años” La indeterminación conceptual y su generalidad exigen a la doctrina y a la jurisprudencia de una labor de delimitación<sup>24</sup>. Estando la doctrina dividida en su conformación entre una concepción de la integridad moral como dignidad humana o bien como bien jurídico autónomo e independiente.

En último término, lo que este artículo protege es la integridad moral entendida como el “derecho a no ser sometido a comportamientos que, dirigidos a humillar y a degradar a la persona, la utilicen como mero instrumento en manos del sujeto activo”<sup>25</sup>

La cuestión ahora es determinar qué es un trato degradante, y en este punto es de referencia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a la hora de diferenciar tortura, tratos inhumanos y tratos degradantes, considerados como conceptos autónomos, relacionados entre sí, y cuya diferencia radica en una gradación de la intensidad con la que se causa, siendo la tortura el nivel más alto, los tratos inhumanos el nivel intermedio y los tratos degradantes en nivel más bajo. Tal gradación además de a la intensidad responde también a factores subjetivos complementarios vinculados a las circunstancias de cada caso y a un enfoque que tenga en cuenta el contexto socio-político, exigiendo, por tanto, una decisión que pondere los intereses en conflicto<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Pérez Machío, Ana Isabel, De Vicente Martínez, Rosario y Javato Martín, Manuel, "Artículo 173". En Gómez Tomillo, Manuel (dir.). *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo II*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 399.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p.402.

<sup>26</sup> *Ibidem*. Se pueden citar las Sentencias del TEDH: Caso Irlanda contra Reino Unido (18 de enero de 1978); caso Tyrer (25 de abril de 1978); y caso Campbell y Cosans (25 de febrero de 1982).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han aceptado esta concepción según la cual es propio de ese trato el que se provoque humillación, degradación, envilecimiento e instrumentalización y cosificación de la víctima. Por tanto los hechos subsumibles en el artículo 173.1.1 del Código Penal, implican tratar a la persona como si fuera un “mero objeto de manera especialmente humillante y vejatoria”<sup>27</sup>

En conclusión, hay un trato degradante cuando “el sujeto activo –abusando de la superioridad fáctica, circunstancial o temporal que le une al sujeto pasivo- inflige sufrimientos y padecimientos de carácter físico, psíquico o de cualquier otra naturaleza que provocan, potencialmente, sentimientos de humillación, degradación y envilecimiento de especial intensidad a través de los que –en definitiva- se cosifica e instrumentaliza al sujeto que los padece”<sup>28</sup>

Los tratos crueles, inhumanos y degradantes ejercidos sobre personas con discapacidad producen un rechazo moral y jurídico, dado que la situación de partida es de especial vulnerabilidad o necesidad, es decir, la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, más que someterse al abuso. Precisamente ésta es la línea de discurso que se encuentra en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## 6. Conclusiones

Los tratos inhumanos y degradantes según lo que se puede concluir de lo señalado por el TEDH, han de ser considerados a la luz del incumplimiento de las obligaciones de los Estados, de acuerdo con su deber de diligencia, siendo el tiempo y la oportunidad factores determinantes en la consideración de dichos malos tratos. La situación de especial vulnerabilidad de las personas con discapacidad internadas exige de una adaptación de los centros para hacer frente a las condiciones limitantes que constituyen las barreras físicas y actitudinales. No hacerlo supone un ataque a la integridad moral y a la dignidad de la persona.

## Referencias Bibliográficas

Asamblea General de Naciones Unida. *Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o*

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p.403.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p.406.

*degradantes* [en línea], 9 de diciembre de 1975. <<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/torturas/1979-Declaracion-Proteccion-contratortura-y-otros-tratos-cruelles-inhumanos-o-degradantes.htm>> [30 agosto 2016].

----- *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* [en línea], 10 de diciembre de 1984. <<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/torturas/1984-Convencion-Proteccion-contratortura-y-otros-tratos-cruelles-inhumanos-o-degradantes.htm>> [30 agosto 2016].

Campoy Cervera, Ignacio y Palacios Rizzo, Agustina. "Niños y niñas con discapacidad: reflexión general y concreción en España". En Cuenca, Patricia (ed.). *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 547-572.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (E/2012/51)* [en línea]. Nueva York, 20 de abril de 2012. <[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/SForum/SForum2014/E.2012.51\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/SForum/SForum2014/E.2012.51_sp.pdf)> [20 marzo 2017].

Cour Européenne des Droits de l'homme. *Discours de haine* [en línea]. Strasbourg: Cour Européenne des Droits de l'homme, mars 2017. <[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Hate\\_speech\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_FRA.pdf)> [20 marzo 2017].

"Cuando la imagen personal se enfrenta a la percepción social" [en línea]. *Revista Enredando. Red de Mujeres con Discapacidad*, diciembre de 2008, nº 16. <<http://www.canfandalucia.org.es/public/mediaExchange/Documentos/enredando16.pdf>> [30 agosto 2016].

Fernández, Pedro. *Compendio sobre violencia de género y factores de discriminación en la mujer con discapacidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

*Informe del Relator de Naciones Unidas relativo al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (A/68/297), de 9 de agosto de 2013* [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/423/00/PDF/N1342300.pdf?OpenElement>> [30 agosto 2016].

- Instituto Nacional de Estadística (INE). *Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD)* [en línea]. Madrid: INE, 2008. <<http://www.ine.es/jaxi/menu.do;jsessionid=BBC7C64324FB622FAFB69B0130F4BA4F.jaxi01?type=pcaxis&path=/t15/p418&file=inebase&L=0>> [30 agosto 2016].
- Javato, Manuel y de Hoyos, Monserrat (dirs.). *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores*. Valencia: Tirant, 2010.
- Madrigal Martínez-Pereda, Consuelo. *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, 2015, p.737. Ver :Capítulo IV, sección 2.5 Protección de los derechos de las personas con discapacidad.
- Nils Muižnieks. *Informe: CommDH(2013)18* [en línea]. Estrasburgo, 9 de octubre de 2013.<<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2108303&Site=CommDH&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FD C864>> [20 marzo 2017].
- *Monitoring the Human Rights of Persons with Disabilities in Europe”(CommDH/Speech(2014)5)* [en línea]. Vienna, Austria, 10-11 April 2014.<<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2503663&SecMode=1&DocId=2130702&Usage=2>> [30 agosto 2016].
- Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). *Human rights of older persons: International human rights principles and standards, Background paper-revised and updated Open-ended Working Group, GA resolution 65/182* [en línea]. New York, 18-21 April 2011. <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/OlderPersons/OHCHRBackgroundpaper2011.pdf>> [20 marzo 2017].
- Pérez Machío, Ana Isabel, De Vicente Martínez, Rosario y Javato Martín, Manuel, "Artículo 173". En Gómez Tomillo, Manuel (dir.). *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo II*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- Torres-Dulce Lifante, Eduardo. *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, 2013, p.635. Ver: sección 2.3.4 Protección de los derechos de las personas con discapacidad.

## XI. DERECHOS DE LOS INDÍGENAS



# OS DIREITOS HUMANOS, A ANTROPOLOGIA E A SOBRECULTURALIDADE

## HUMAN RIGHTS, ANTHROPOLOGY AND OVERCULTURALITY

Daniel Valério Martins  
*Universidad de Salamanca*  
Jesús M. Aparício Gervás  
*Universidad de Valladolid*

**Resumo:** O presente artigo aborda o processo de sobreculturalidade como elemento equalizador entre a Antropologia e os Direitos Humanos, quando o mesmo busca uma autodeterminação, visibilidade e empoderamento, gerando uma transformação cultural no decorrer do processo de contato entre culturas distintas. Esta é uma discussão sobre o relativismo cultural, na medida em que ocorrem confrontos entre o direito à cultura e o direito à vida, cujo resultado busca prevalecer além do respeito mútuo e tolerância, a adaptação e resiliência como transcultura resultante desse processo. Desta forma, utilizaremos como exemplo, o caso das comunidades indígenas PITAKAJÁ. É quando entra em cena o processo de Sobreculturalidade por meio de ferramentas como a educação, na tentativa de se formar indígenas capazes de serem sujeitos ativos na sociedade e capazes de adquirir voz ativa política.

**Palavras chave:** Antropologia, Direitos Humanos, Sobreculturalidade.

**Abstract:** This article approaches the process of overculturality as an equalizing element between Anthropology and Human Rights, when it seeks self-determination, visibility and empowerment, generating a cultural transformation in the course of the process of contact between distinct cultures. This is a discussion over cultural relativism, in so far as there are clashes between the right to culture and the right to life, whose results seek to prevail in addition to mutual respect and tolerance, the adaptation and resilience as a result of this transculturation process. In this way, we will use as an example the case of the indigenous communities PITAKAJÁ, Fortaleza (CE) - Brazil. It is when the process of overculturality comes on the scene through tools such as education, in an attempt to form indigenous people capable of being active subjects in society and capable of acquiring an active political voice.

**Keywords:** Anthropology, Human Rights, Overculturality.

### 1. Introdução

A Declaração Universal dos Direitos Humanos surge em 1948 com o objetivo de fazer com que os 184 países que a assinaram assumissem compromissos de investimentos na humanização dos povos como um bem comum a ser alcançado. Todavia, sabemos que os direitos humanos possuem raízes mais remotas, podendo-se citar a própria Revolução Francesa de 1789 com seu lema de liberdade, igualdade e fraternidade. Podemos, ainda, falar até de raízes anteriores, como, por exemplo, quando René Descartes pronunciou, no século XVII, a sua emblemática frase “penso logo existo”, pondo o homem e sua

existência como o centro da ciência e da política, ou seja, o centro da sociedade – homem este que é a base de estudo da Antropologia.

Na Espanha, o Fray Bartolomé de las Casas<sup>1</sup> e Francisco de Vitoria, se apresentam nas obras de García<sup>2</sup> como personalidades ligadas à teoria e prática dos direitos humanos. Foram grandes defensores dos indígenas e portanto defensores dos oprimidos, havendo lutado por seus direitos como seres humanos, racionais e livres. O objetivo era promover-lhes a dignidade, liberdade e justiça, na busca por preservar suas culturas, suas terras e seus bens. Bartolomé de Las Casas, particularmente em seus estudos da antropologia filosófica e caracterização dos direitos naturais do ser humano, teria formulado, na época, o que posteriormente se desenvolveria como direitos humanos<sup>3</sup>.

## 2. Ser Humano /Ser Cultural/ Relativismo Cultural<sup>4</sup>

A antropologia é o estudo do homem através de sua cultura. Quando pensamos em direitos humanos, temos a idéia do princípio da “humanidade”, logo, o entendemos que o direito à vida é soberano. O que se pretende reflexionar, ao longo deste tópico, são as possíveis discrepâncias ou consensos de determinados conceitos, quando trabalhamos lado a lado com a antropologia e os direitos humanos. Isto porque, em alguns momentos, a cultura do indivíduo entra em choque com o direito à vida. Desta maneira, é preciso analisar os “sentimentos” dos indivíduos estudados de maneira participativa, a fim de que se tenha uma idéia real e uma solução pertinente ao problema enfrentado.

---

<sup>1</sup> Bartolomé de Las Casas (1484-1566), fraile dominico español, cronista, historiador, filósofo, teólogo, jurista, obispo de Chiapas, es reconocido como el gran defensor de los indígenas americanos. Nació en Sevilla, donde cursó estudios de latín y humanidades. El curriculum de la época era el trilingüe (latín, griego y hebreo), el trivium, (gramática, retórica y dialéctica) y el cuatrivium (aritmética, geometría, astronomía y música). A los nueve años, el 31 de marzo de 1493, vivió un suceso memorable: el regreso a Sevilla de Colón que volvía del descubrimiento de América con “gran alarde de indígenas, loros y papagayos”. Meses después, el 25 de septiembre, su padre, Pedro de las Casas y el tío, Francisco de Peñalosa, embarcaron en el segundo viaje de Colón. En 1494, regresó su padre con un indio taíno esclavo, que estuvo con Bartolomé hasta 1500 cuando, por orden de Isabel la Católica, fue devuelto a América, junto con los otros indios traídos a España. En: García, E. G. “Bartolomé de las Casas y los Derechos Humanos”. En M. M. Mendez, *Los Derechos Humanos en su origen. La República Dominicana y Antón de montesinos*. Salamanca: San Esteban, 2003, pp. 81-114.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Valério, R.M & Valério, D.M. “A sobreculturalidade e os Direitos Humanos: elementos que evidenciam a educação das minorias étnicas”. Em Pando, M. de la P. B, Muñoz, A. R., Garrido, P.R. (Dir. y eds.). *Pasado y Presente de los Derechos Humanos. Mirando al futuro*. Madrid: Catarata, 2016, pp. 600-601.

<sup>4</sup> Tema também tratado no item 2 do artigo: A sobreculturalidade e os direitos humanos: elementos que evidenciam a educação das minorias étnicas, constante das Referências Bibliográficas.

Ao afirmar que “sou homem e depois sou cultura”, com a idéia de que o ser humano vem antes de sua cultura, o homem, objeto dos direitos humanos, pode entrar em contradição com o entendimento de que “sou considerado humano, porque tenho uma cultura”. Diante do exposto, entramos em uma discussão já debatida entre a antropologia e os direitos humanos, buscando-se suporte teórico no relativismo cultural de Franz Boas, segundo o qual devemos observar os sistemas culturais sem a utilização de parâmetros pré estabelecidos, sem pré-conceitos, de modo a nos distanciar de uma visão etnocêntrica, sendo necessário observar os padrões culturais desde a sociedade que os criou.

Por um lado, sabemos o quanto etnocêntrico é a expressão “direitos humanos” com suas pretensões hegemônicas inerentes a formações culturais específicas, ancoradas em instituições, estados e demais aparatos de poder. Por outro lado, embora inserida nesta mesma história que se vê como universal, a tradição disciplinar antropológica nos legou como herança a possibilidade de questionar preconceitos e ver os “direitos” dos outros. É por este ângulo que podemos reconhecer hoje no interior do campo dos “Direitos Humanos” instrumentos valiosos para a reafirmação do valor da diversidade cultural, para o questionamento das desigualdades sociais, para a defesa dos valores democráticos<sup>5</sup>.

O relativismo cultural utilizaria, portanto, um elemento chave para a análise funcional, que é a observação participante durante o trabalho etnográfico, dentro de uma cultura nativa, por meio da imersão, para compreender o seu funcionamento a partir de sua história e estrutura, conforme explica Malinowski, em sua obra “Os argonautas do Pacífico Ocidental” em 1922.

Nesse ponto, verifica-se que muitos teóricos põem em choque esse princípio do relativismo cultural com o princípio dos direitos humanos, não obstante, há que ter em mente que o relativismo cultural não parte do indício de que toda expressão cultural seja correta, já que, muitas vezes, observamos padrões culturais e tradições que possam denegrir fisicamente, mental, e socialmente a dignidade de um ser humano, entendendo que ela é passível de respeito, na medida em que é aberta ao diálogo, sendo, portanto, também relativa.

---

<sup>5</sup> Novaes, R. R., & Lima, R. K. *Antropologia e Direitos Humanos*. Niterói: Eduff, 2001.

Esteva<sup>6</sup> aborda a temática dos direitos humanos como uma medida etnocêntrica capaz de gerar uma recolonização ocidental de todos os que não aceitam suas ideias universalistas. Não obstante, ao se observar a causa e o ressurgimento do movimento indigenista, o que seriam das comunidades indígenas que se fortaleceram e estão conseguindo mostrar ao mundo suas lutas e reafirmação identitária com a apropriação dos Direitos Humanos?<sup>7</sup>.

O autor Rosinaldo Silva afirma que a maneira como é trabalhada a igualdade entre os homens pelos princípios dos direitos humanos, tem uma base totalmente etnocêntrica; senão, veja-se: (“É justamente partindo do reconhecimento da diferença como constituinte de uma subjetividade inalienável dos sujeitos sociais que a antropologia pode contribuir para a elaboração de contra discursos, capazes de se contrapor ao discurso universalista ocidental”)<sup>8</sup>.

Partindo desse princípio, a causa indígena se torna um elo de ligação entre a antropologia e o relativismo cultural, dado que ela toma por base a diferença, garantindo-se, ainda, os Direitos Humanos desses povos, os quais são efetivados por meio da divulgação ao mundo de suas lutas por reafirmação identitária.

Una corriente importante de la concepción antropológica se expresa en el relativismo cultural. No se da una apreciación de hombres o pueblos “cultos” o “incultos”; no hay culturas “mejores”, ni “peores”; ni “inferiores” o “superiores”. Hay culturas diferentes. Sin embargo, este relativismo cultural no lleva a un relativismo ético que no es aceptable para la convivencia humana. No todo vale, ni se puede eludir la responsabilidad moral de cada ser humano (...) tiene una responsabilidad para algo; ese algo es el bienestar y la dignidad del otro.

Todas las formas de existencia humana, cualquiera sea su grado de desarrollo, expresan formas de cultura que son diferentes respuestas al problema de la vida<sup>9</sup>.

A busca pelo consenso entre as diferenças no âmbito cultural, e entre as ideias da antropologia e dos teóricos dos direitos humanos, surge, nesse contexto, com as

---

<sup>6</sup> Esteva, G. “Autonomía y democracia radical: el tránsito de la tolerancia a la hospitalidad”. En M. A. Barabas, *Autonomías éticas y. Conaculta – INAH*, 1998.

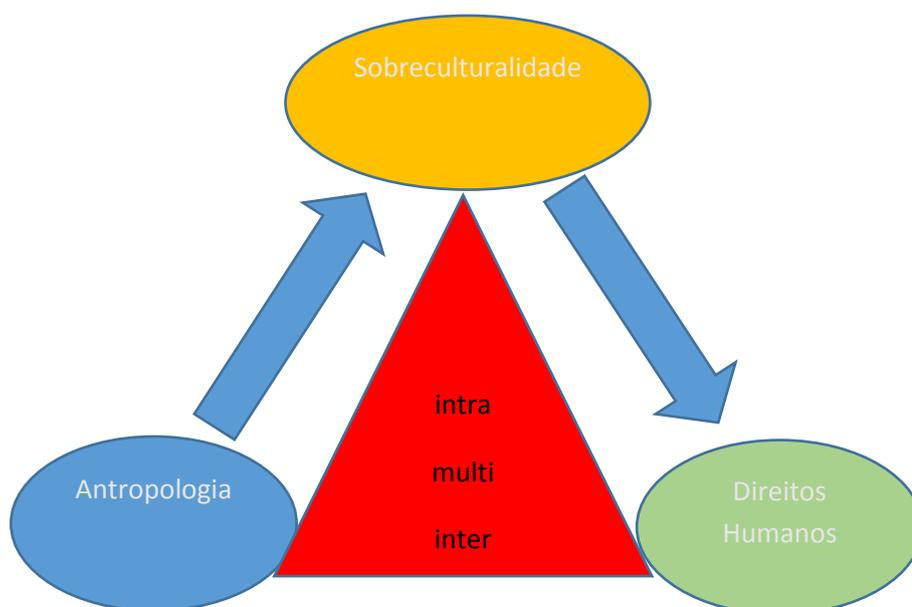
<sup>7</sup> Ramos, A. R. *Cutting Through State and Class Sources*. Cutting Through State and Class Sources, 1999.

<sup>8</sup> Sousa, R. S. Direitos Humanos através da História recente em uma perspectiva antropológica. En R. R. Novaes, & R. K. Lima, *Antropologia e Direitos Humanos* Niterói: Eduff, 2001, pp. 47-61.

<sup>9</sup> Ander-Egg, E. *Aproximaciones al problema de la cultura, como respuesta al problema de la vida*. Buenos Aires- Mexico: Lumen Hymanitas, 2009.

ferramentas da ética e da educação – uma educação diferenciada, capaz de pregar a igualdade entre os homens, por meio de seus direitos e deveres, respeitando-se as diferenças culturais, que são a base de fundamentação da Antropologia.

Constrói-se, assim, um cenário propício para a aplicação do conceito de Sobrepluralidade como elemento equalizador aplicado no contexto educacional de base, para o fortalecimento e crescimento pessoal e coletivo, a partir do autorreconhecimento e da autoaceitação, conhecimento sobre o outro e o respeito mútuo, para que enfim se dê lugar a uma convivência pacífica. Esta, então, se tornará o palco para o enriquecimento cultural por meio do contato, fazendo surgir, deste modo, um indivíduo capaz de conviver e respeitar todo o contexto multicultural, global e universal do qual faz parte. Para tanto elaboramos o seguinte esquema estrutural:



**Fonte: elaboração própria**

Partindo desse ponto de vista, a sobrepluralidade pode ser entendida como um dos pontos de equilíbrio entre a discussão da Antropologia com os Direitos Humanos, quando trabalhada na busca por uma convivência pacífica com o contato cultural, abordando conceitos antropológicos e ao mesmo tempo promovendo os Direitos Humanos e a luta pela aplicação dos mesmos.

### **3. A Sobreculturalidade na promoção dos Direitos Humanos**

A sobreculturalidade consiste em explicar a transformação, gerada com o contato, pois é observada em todos os códigos de conduta, os valores morais, as regras sociais e culturais como a própria língua, e a educação, que são as bases de orientação de qualquer indivíduo no mundo. Assim, o processo sobrecultural, enquanto depende da relação de um indivíduo consigo mesmo e com os outros sob forma de autoaceitação, encontro, conflitos e interação, gera uma problemática cultural e, por isso, muda ou se transforma por adequação e sobrevivência. Nesse momento, entendemos o processo Sobrecultural como uma situação de ajuste social de um indivíduo com o grupo ao que pertence e, ao mesmo tempo, com os grupos ao seu entorno, não se tratando de um processo meramente aculturador, e sim somador de várias culturas, a fim de tornar o indivíduo conhecedor de várias realidades, para perceber que a cultura é viva e, portanto, versátil.

Sendo assim, o conceito de Sobreculturalidade, enquanto “cultura de sobrevivência”, foi direcionado às culturas que foram obrigadas a passar pelas várias etapas do processo de contato cultural para sobreviverem, não caírem no esquecimento e seguirem lutando na tentativa de garantir as diferenças.

Apesar do contexto de luta pela diferença, expressada na diversidade cultural brasileira e universal, no qual os indígenas estão inseridos, o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece que todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos, devendo comportar-se fraternalmente uns com os outros. E o artigo 2º é muito claro ao taxar que essa liberdade não estabelece distinção de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou qualquer outra índole.

Vimos que, entre as lutas indígenas, está inserida a luta por suas terras e territórios, identificadas como parte de suas culturas e, portanto, de suas vidas. De outra banda, o Artigo 13 da Declaração supramencionada estabelece que toda pessoa tem o direito de circular livremente no território de um Estado e escolher sua residência nesse território, e o artigo 15 estabelece o direito de escolher e pertencer a uma nacionalidade.

Desta forma, no caso das comunidades indígenas PITAKAJÁ, entra em cena o processo de Sobreculturalidade por meio de ferramentas como a educação, na tentativa de se formar indígenas capazes de serem sujeitos ativos na sociedade, capazes de adquirir voz ativa política. Aqui, também podemos citar o Estado Plurinacional da Bolívia, com suas 37 nações de povos originários, fazendo valer a efetivação de parte

dos Direitos Humanos, respeitando-se seu espaço, ou seja, suas terras e territórios, como estados interdependentes.

Como bem expressa o Artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “todo indivíduo tem o direito e a liberdade de buscar a efetivação desses direitos”. Assim, podemos considerar que a Sobreculturalidade aspira estabelecer uma ordem social, uma vez que tenta fortalecer o indivíduo, com todas suas etapas anteriormente expostas e propostas.

Assim, em alguns pontos, vemos convergir algumas características da Antropologia e dos Direitos Humanos que a princípio se mostram incompatíveis, como expressado no trecho abaixo:

Se nos remetermos à Convenção 169, de 1989, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, ratificada pelo Brasil em junho de 2002, seremos advertidos de que, embora se recomende sensibilidade com relação ao chamado direito “consuetudinário” e aos costumes das sociedades indígenas, esses *outros direitos*, ou *direitos próprios*, tal como às vezes são denominados, não podem ser contraditórios com os direitos definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Mantém-se, assim, certo grau de indefinição, ao se inovar no pluralismo que a Convenção introduz, insistindo-se, contudo, na necessidade de negociar quando as leis modernas e em especial os direitos humanos instituírem o caráter intolerável de determinados costumes<sup>10</sup>.

Tal discussão veio à tona durante uma reunião em Brasília, na qual 41 mulheres indígenas debatiam durante uma semana sobre a participação na Oficina de Capacitação e Discussão sobre Direitos Humanos, Gênero e Políticas Públicas. Após, a FUNAI iria elaborar uma cartilha para a aplicação dos conhecimentos em comunidades indígenas.

Um dos momentos mais ricos e complexos da discussão de conceitos ocorreu quando uma das participantes, a advogada indígena Lúcia Fernanda Belfort – kaingang, perguntou sobre a possibilidade de se considerar o costume tradicional de um povo originário equivalente à lei, ou seja, sobre a possibilidade de se considerar o direito “tradicional”, o costume, equivalente ao direito em seu sentido moderno e passível de

---

<sup>10</sup> Segato, R. L. *Antropologia e Direitos Humanos, Alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais*. Brasília: Mana, 2006.

substituição dentro da comunidade. Esta é, sem dúvida, uma grande pergunta, que encontra as respostas mais diversas na literatura sobre o tema<sup>11</sup>.

#### **4. Sobreculturalidade – Educação – Direitos Humanos**

Para a aplicação do conceito de Sobreculturalidade e vislumbrar a sua relação com os direitos humanos, temos que levar em consideração vários elementos que seriam os responsáveis por sua efetivação, dentre eles, destacamos ferramentas pedagógicas como a educação, capaz de mostrar às várias visões e desde vários pontos de vista, as ideias e valores comuns a todos os seres humanos. Desta forma, o consenso gerado por meio da educação, nesse caso, a diferenciada, com base intercultural, seria o elo de ligação entre a Sobreculturalidade e os direitos humanos, podendo surgir, aqui, uma outra triangulação conceitual, que será desenvolvida em futuras investigações: Sobreculturalidade – educação – direitos humanos.

Sempre que se identifica a necessidade de se educar um povo, um grupo de pessoas para o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, aí se encontra presente a educação em e para os Direitos Humanos. Portanto, sabemos que não basta escolarizar, é necessário também que se promova a paz, a tolerância e a amizade entre nações e grupos, um processo que tem seu início com a educação.

Partindo-se desse ponto de vista, a Sobreculturalidade, com todas as suas fases ou etapas, seria utilizada como preparação do indivíduo para uma educação diferenciada com base intercultural voltada para os direitos humanos. Isto porque o indivíduo, ao entrar em contato com outras culturas, podendo distinguir e estabelecer as diferenças entre o “eu” e o “outro”, passa a fortalecer-se culturalmente, aceitando sua identidade (diferente), além de reconhecer no outro essas diferenças, passando a respeitar e tolerar as divergências e pontos de vista, em busca de uma interação no intuito de enriquecimento mútuo, gerando uma transformação ou uma transcultura como resultado desse contato. A educação diferenciada mostra-se, portanto, como o ambiente propício para a busca pela efetivação dos Direitos Humanos, em especial a dignidade humana.

Remetendo-nos a Calvo<sup>12</sup>, podemos entender cada fase ou etapa do processo da Sobreculturalidade e sua relação com os Direitos Humanos, quando esse autor afirma

---

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Calvo, T. B. “Inmigración y Multiculturalismo: ¿gangrena de la sociedad o enriquecimiento mutuo?”. En A. B. Bárrio, *Antropologian Castilla y León e Iberoamerica, V. Emigración e Integración cultural*. Salamanca: Ediciones Univesidad de Salamanca, 2003, pp. 30-51.

que as identidades geográficas, ideológicas, étnicas e religiosas são positivas, humanizadoras e funcionais, pois não podemos ser cidadãos do mundo se não nos sentirmos cidadãos de alguma parte, sendo que as identidades devem constituir círculos abertos, que não excluam o sentimento de identificação, integração ou pertencimento a outros grupos.

As etapas do processo de Sobreculturalidade se veem embutidas no pensamento de Calvo<sup>13</sup>, no ponto em que ele faz um resumo sobre o multiculturalismo como um bem enriquecedor para uma sociedade, quando os indivíduos, reciprocamente, sabem dialogar de forma intercultural, respeitando valores e normas mínimas de convivência, como os próprios Direitos Humanos e as leis constitucionais, num contexto de uma aldeia global interrelacionada pelos meios de comunicação, caracterizada pela integração, o universalismo e a globalização.

Portanto, a fim de se concretizar uma educação voltada para os Direitos Humanos, o papel da Sobreculturalidade seria preparar as bases que permitam a autoaceitação. As etapas do processo foram citadas por Calvo<sup>14</sup>, em outras palavras, quando ele diz que o indivíduo, na busca por um enriquecimento mútuo por meio do contato, fortalece-se com o sentimento de pertencimento a um grupo específico, portanto, diferente (intra), buscando no contato com o outro (multi), por meio do diálogo, respeito, tolerância e interação (inter), valores comuns a todos, que são gerados através de uma transformação por meio do processo educativo. Na mesma esteira, vale remetermo-nos a Espina<sup>15</sup>, o qual afirma que a cultura não está unitariamente construída, mas, pelo contrário, é um campo aberto a modificações, à criatividade e à identidade múltipla.

Todo o anteriormente exposto pode ser exemplificado na busca pelo conhecimento de outras culturas, em que os indivíduos saem de seus grupos de origem para obter novos conhecimentos no contato com outras realidades (caso de investigações, intercâmbios, imersão cultural, etc.), de modo a passar por todas as etapas do processo de Sobreculturalidade, pois, ao princípio desse afastamento de sua própria cultura, aflora um sentimento identitário, ao se comparar as realidades, sentindo-se falta

---

<sup>13</sup> Calvo, T. B. "Inmigración y Multiculturalismo... *Op. Cit.*

<sup>14</sup> *Ibidem.*

<sup>15</sup> Espina, Á. B. *Antropología en Castilla y León e Iberoamérica, V. Emigración e Integración Cultural*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2003.

de suas tradições, amigos, culinária, família, comportamentos, etc. Nesse ponto, ocorrem várias interculturalidades dentro do contexto multicultural, por meio da interação, na tentativa de adquirir padrões culturais que venham a transformar realidades, voltadas para a ética, valores morais e humanos, que cada vez mais se desumanizam com a banalização da violência, corrupção e vários outros problemas derivados.

Portanto, existe uma relação estreita e não muito contemplada entre a Antropologia e os Direitos Humanos, e, nesse caso em específico, por meio de ferramentas como a educação intercultural, que utilizaria, na busca pelo consenso, a aplicação do conceito de Sobreculturalidade.

Tal aplicação é justificada em todo esse artigo, havendo a pretensão de futuras investigações, que, *a priori*, poderíamos adiantar o nosso desejo em tratá-la em perspectiva comparada com mais um grupo indígena, os Tainos da República Dominicana, que muitos estudiosos consideram extintos e que estudos recentes mostram o contrário, havendo sido eles os primeiros indígenas a se tornarem objeto de discussão na base dos Direitos Humanos por Bartolomé de Las Casas, nos séculos XV e XVI. Veja-se que, apesar de não haver comunidades indígenas na República Dominicana, a cultura Taina segue viva na culinária, nos nomes de lugares, e nos traços físicos característicos, inclusive estudos recentes mostram que mais de 15% da população possuem ADN puramente taino<sup>16</sup>.

O Instituto Dominicano de Desarrollo Integral – IDDI, no qual foi realizada uma estância de cooperação internacional durante o ano de 2015, desenvolve um projeto denominado *EPC, Espacio Para Crecer*, dentre os programas do projeto macro *Alerta Jovem*, financiado pela USAID – Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional, apresentando, em seu material didático, a utilização do método *Quantum learning*<sup>17</sup>, de modo que no tempo extra classe, são ministrados pelos facilitadores

---

<sup>16</sup> Um grupo de investigadores da Universidade de Porto Rico e da Universidade Central del Leste realizou uma pesquisa a partir de provas de ADN mitocondrial e cujos resultados preliminares permitem sugerir que entre 15 e 18 por cento da população dominicana tem ascendência taina direta, por linhagem materna. Mais informações disponíveis em: <<https://miches.wordpress.com/2008/10/08/dominicanos-con-ascendencia-genetica-de-origen-taino/>> [8 abril 2017].

<sup>17</sup> Quantum Learning, não é nada mais que um conjunto de conhecimentos, princípios e métodos que facilitam a aceleração da aprendizagem, a fim de que ela seja mais relevante e significativa, método criado por Georgi Lozanov, que também o chamava de Superaprendizagem.

módulos direcionados às crianças com problemas de aprendizagem, fora da faixa etária padrão e procedentes de famílias conflituosas, com as seguintes temáticas:

- *Yo soy especial*
- *Mi familia, mi comunidad más cercana*
- *El ambiente que me rodea*
- *Cuido de mi salud*
- *Qué orgullo ser Dominicano!*

Todos esses módulos apresentam características nas quais vemos que podem ser aplicadas todas as etapas do processo de Sobreculturalidade, uma vez que objetivam o respeito à diversidade, na medida em que se observa constantes conflitos entre dominicanos e haitianos, que coabitam a mesma ilha, ademais de todas as culturas que formaram o povo dominicano. Assim, tal metodologia consiste em trabalhar oito chaves para se chegar à excelência. Estas são introduzidas da seguinte forma: o indivíduo, ao rever seus valores e ações, portanto, sua **integridade**, passa a entender seus **equivocos**, podendo refletir sobre eles na tentativa de mudança, passando a **falar com mais clareza suas boas intenções**, e, nesse momento, **dar-se conta** de que é necessário pôr em prática ações com mais **compromisso** com sua família, **apropriando-se** dos ensinamentos adquiridos frente ao problema enfrentado, buscando **flexibilizar**, em suas palavras, suas ações, por meio do respeito e tolerância, com o fim último de pôr em **balance** os valores da família (sua primeira comunidade).

Feita essa breve explanação sobre um outro projeto que posteriormente será estudado com mais afinco, a proposta aqui apresentada, como já dito e redito, é a busca pela aplicação do conceito de Sobreculturalidade, que além dos demais conceitos abordados nas fases do seu processo, se utilizaria de ferramentas pedagógicas, como a educação inicial, de base e diferenciada, com uma metodologia específica, aproximando-se à metodologia *Quantum Learning*, utilizada na República Dominicana com a finalidade de preparar as crianças para o respeito à diversidade e a tolerância, palavras-chave quando se fala em Direitos Humanos. Deste modo, se faz valer a seguinte triangulação: **Sobreculturalidade – Educação Diferenciada – Direitos Humanos**, a fim de que, quiçá, possamos contribuir a uma parcela da sociedade que, infelizmente, a cada dia, vem sendo desumanizada.

Sobre essa questão, disserta Aparício<sup>18</sup> (2012) que ainda existe discriminação e desprezo com relação à cultura dos povos originários; o que traduz a vulnerabilidade de direitos, dos momentos em que se tratam os conteúdos referentes a ditas culturas e de promoção do conhecimento e exercício de seus direitos.

A utilização do conceito de Sobreculturalidade, e sua respectiva aplicação, mostra-se, portanto, como o ponto primordial para a inter-relação dos elementos educação, antropologia e direitos humanos, figurando como efetiva ferramenta para a junção prática desses conceitos.

### Referências Bibliográficas

- Alvarado, N. *La atención de la pobreza en Venezuela: del gran viraje a la Quinta República 1999-2002*. Caracas: Ediciones de la Fundación Escuela de Gerencia Social, 2003.
- Ander-Egg, E. *Aproximaciones al problema de la cultura, como respuesta al problema de la vida*. Buenos Aires- Mexico: Lumen Hymanitas, 2009.
- Aparício, Jesus M. “Didáctica de las Ciencias Sociales: cuatro casos prácticos”. En: M.M. Guerrero (Coord.) *Seminario Iberoamericano de Descubrimientos e Cartografía*. Valladolid, 2012.
- Aparício, J., & Delgado, M. A. *La Educación Intercultural en la Formación Universitaria Europea y Latinoamericana*. Segóvia: ITAMUT- FIFIED, 2014.
- Athias, R. M. *Povos Indígenas de Pernambuco: Identidade, Diversidade e Conflito*. Recife: Editora Universitária UFPE, 2007.
- Augé, M. *O Antropólogo e o mundo global*. Petrópolis: Vozes, 2014.
- Calvo, T. B. Inmigración y Multiculturalismo: ¿gangrena de la sociedad o enriquecimiento mútuo? En A. B. Bário, *Antropologian Castilla y León e Iberoamerica, V. Emigración e Integración cultural*. Salamanca: Ediciones Univesidad de Salamanca, 2003, pp. 30-51.
- D'Ávila, A. M. *Da coexistência à convivência com o outro: entre o multiculturalismo e a interculturalidade*. Brasília: Rev. Inter. Mob. Hum. Ano XX, Nº 38, p. 67-81, jan./jun, 2012.

---

<sup>18</sup> Aparício, J., & Delgado, M. A. *La Educación Intercultural en la Formación Universitaria Europea y Latinoamericana*. Segóvia: ITAMUT- FIFIED, 2014.

- Espina, Á. B. *Manual de Antropología Cultural, 2ª Ed.* Salamanca: Amarú Ediciones, 1997.
- *Antropología en Castilla y León e Iberoamérica, V. Emigración e Integración Cultural.* Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2003.
- Esteva, G. "Autonomía y democracia radical: el tránsito de la tolerancia a la hospitalidad". En M. A. Barabas, *Autonomías éticas y.* Conaculta – INAH, 1998.
- Fleuri, R. M. "O que significa Educação Intercultural". In: *Educação para a diversidade e cidadania.* Florianópolis: Mover, NUP, 2008.
- García, E. G. "Bartolomé de las Casas y los Derechos Humanos". En M. M. Mendez, *Los Derechos Humanos en su origen. La República Dominicana y Antón de montesinos.* Salamanca: San Esteban, 2003, pp. 81-114.
- García, G. A. *El hombre.* Salamanca: Sígueme, 2009.
- Geertz, C. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa.* Petropolis: Vozes, 2008.
- Hall, S. *Más Allá de la cultura.* Barcelona: Gustavo i Gili, 1978.
- Kymlicka, W. *Ciudadanía Multicultural.* Barcelona: PAIDÓS, 1996.
- Lévi-Strauss, C. *Antropologia estrutural dois.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- Lull, J. *Media, Communication, Culture: A Global Approach.* New York: Columbia University Press, 2000.
- Marin, J. "Educação e Interculturalidade: conhecimentos, saberes e práticas descoloniais". En E. e. Cecchetti, *Educação e Interculturalidade.* Blumenau: edifurb, 2014, p. 45.
- Marquez, A. B. A "Praxis intercultural: uma experiência dialógica para a educação cidadã". En E. Cecchetti, & A. Pozzer., *Educação e Interculturalidade: conhecimentos, saberes e práticas descoloniais* (pág. 30). Blumenau: edifurb, 2014, p. 30.
- Martins, D. V. "Educação Intercultural Bilíngue no Ceará - Brasil: teoria e realidade". En L. S. Sousa, P. C. Galvão, & C. R. Santos, *Saberes Práticas e sustentabilidade* (págs. 23-38). Curitiba: CRV, 2014, pp. 23-38.
- *A Intraculturalidade nas comunidades indígenas da região metropolitana de Fortaleza- Ce, Brasil: Caminho para o desenvolvimento e sobreculturalidade.* Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, Vitor 396, 2016.
- Maslow, A. H. *Motivation and personality 2. ed.* New York: Harper & Row, 1970.

- Novaes, R. R., & Lima, R. K. *Antropologia e Direitos Humanos*. Niteroi: Eduff, 2001.
- Pozzer, A. *Educação e Interculturalidade: conhecimentos, saberes e práticas descoloniais*. Blumenau: edifurb, 2014.
- Ramos, A. R. *Cutting Through State and Class Sources*. Cutting Through State and Class Sources, 1999.
- Segato, R. L. *Antropologia e Direitos Humanos, Alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais*. Brasília: Mana, 2006.
- Sousa, R. S. Direitos Humanos através da História recente em uma perspectiva antropológica. En R. R. Novaes, & R. K. Lima, *Antropologia e Direitos Humanos* Niteroi: Eduff, 2001, pp. 47-61.
- Tejerina, V. G. Diversidad Cultural, educación intercultural y currículo. En J. M. Gervás, *Interculturalidad, Educación y Plurilinguismo en América Latina*. Madrid: Pirámide, 2011, pp. 65-77.
- Valério, R.M & Valério, D.M. “A sobreculturalidade e os Direitos Humanos: elementos que evidenciam a educação das minorias étnicas”. Em Pando, M. de la P. B, Muñoz, A. R., Garrido, P.R. (Dir. y eds.). *Pasado y Presente de los Derechos Humanos. Mirando al futuro*. Madrid: Catarata, 2016.
- Vásquez, K. M. “Diverso universo”. Diversidad y transculturalidad. En J. M. Gervás, *Interculturalidad, Educación y Plurilinguismo en América Latina*. Madrid: Pirámide, 2011, p. 96.

# DIREITOS HUMANOS DE CRIANÇAS INDÍGENAS KAIOWÁ E GUARANI. A CIRCULARIDADE E OS DESAFIOS DA EDUCAÇÃO TRADICIONAL<sup>1</sup>

## HUMAN RIGHTS OF KAIOWÁ AND GUARANI INDIGENOUS CHILDREN. CIRCULARITY AND THE CHALLENGES OF TRADITIONAL EDUCATION

José Paulo Gutierrez<sup>2</sup>

Antonio H. Aguilera Urquiza<sup>3</sup>

*Universidade Federal de Mato Grosso do Sul*

**Resumo:** Este texto é resultado de pesquisa de doutorado realizada em área de conflito, Aldeia Laranjeira Ñanderu, Município de Rio Brilhante (MS/Brasil), com crianças indígenas da etnia Kaiowá e Guarani, com o objetivo de conhecer e descrever suas práticas de circularidade pelo território tradicional e os desafios dessas práticas de educação tradicional. Muitos de seus direitos básicos, como o direito à alimentação saudável, moradia, educação, dentre outros, lhes são negados, o caracteriza o que chamamos de “crianças em situação de acampamento”. A metodologia teve por base a pesquisa bibliográfica e, especialmente, a pesquisa de campo, através da técnica da observação participante. A base teórica vem da Antropologia (Nascimento, Pereira, Brand, dentre outros), em diálogo com o Direito, a Educação, em especial a partir do referencial de autores conhecidos como pós-coloniais.

**Palavras chave:** Kaiowá e Guarani; crianças indígenas; circularidade; direitos humanos.

**Abstract:** This text is a result of a doctoral research carried out in a conflict area, Aldeia Laranjeira Ñanderu, Municipality of Rio Brilhante (MS/Brazil), with indigenous children of the Kaiowá and Guarani ethnic groups, with the purpose of knowing and describing their practices of circularity through the territory and the challenges of these traditional education practices. Many of their basic rights, such as the right to healthy food, housing, education, among others, are denied them, characterize what we call "children in a camp situation." The methodology was based on bibliographical research and, especially, the field research, through the technique of participant observation. The theoretical basis comes from Anthropology (Nascimento, Pereira, Brand, among others), in dialogue with Law, Education, especially from the reference of authors known as postcolonial.

**Keywords:** Kaiowá and Guarani; Indigenous children; circularity; human rights.

---

<sup>1</sup> Texto originalmente apresentado no 6º SBECE (01-03/06/2015), em Canoas/RS. Com financiamento da FUNDECT/MS e do CNPq e publicado em Pando; Muñoz; Garrido (Dirs.) *Pasado y presente de los Derechos Humanos. Mirando al futuro*. Catarata: Madrid, 2016.

<sup>2</sup> Doutor em Educação pela Linha de Pesquisa Diversidade Cultural e Educação Indígena da Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. Bolsista da FUNDECT/CAPES - Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul. Contato: josepaulo\_gutierrez@yahoo.com.br

<sup>3</sup> Doutor em Antropologia pela Universidade de Salamanca. É professor Adjunto da UFMS; professor da Pós-graduação em Direitos Humanos e Antropologia (PPGas) da UFMS; professor do Programa de Pós-graduação em Antropologia (PPGAnt) da UFGD e professor colaborador do Programa de Pós-graduação em Educação da UCDB. Contato: hilarioaguilera@gmail.com

## **Introdução**

O presente texto é fruto de pesquisa de doutorado acerca do cotidiano da criança indígena, na Aldeia Laranjeira Ñanderu, Município de Rio Brilhante (MS/Brasil) e a circularidade como uma de suas práticas culturais tradicionais. Trata-se de crianças indígenas que vivem em situação de precariedade às margens de rodovias, à espera de voltarem a seus territórios tradicionais. Muitos de seus direitos básicos, como o direito à alimentação saudável, moradia, educação, dentre outros, lhes são negados, o caracteriza o que chamamos de “crianças em situação de acampamento”.

Os acampamentos, como veremos adiante, são formas alternativas de assentamento de famílias indígenas, que buscam retornar/retomar seus antigos territórios tradicionais. Situação que envolve conflito pela terra e a intermediação da justiça. Enquanto não se resolve a situação jurídica, os indígenas permanecem em pequenas parcelas de seu antigo território. No caso da comunidade em tela, eles estão vivendo às margens do Rio Brilhante, espaço em que construíram provisoriamente suas casas e onde realizam seu *teko porã* – modo de ser guarani.

Os resultados apresentados neste texto são fruto de pesquisa bibliográfica e, especialmente, pesquisa de campo, realizada pelos autores, em vários momentos nos dois últimos anos, nesta comunidade em particular, convivendo com as famílias, conversando com as lideranças, observando o cotidiano das crianças, utilizando as técnicas do caderno de campo, observação participante, desenhos, dentre outros, a fim de compreender o dia-a-dia da comunidade, em especial de suas crianças e a relação com a educação, ou melhor, a pedagogia tradicional guarani. A base teórica é a Antropologia (Pacheco de Oliveira, Pereira, Brand, dentre outros), em diálogo com o Direito, a Educação, em especial a partir do referencial de autores conhecidos como pós-coloniais.

## **O contexto atual dos Kaiowá e Guarani em Mato Grosso do Sul**

Esta região central do Brasil é caracterizada por apresentar uma colonização tardia e violenta, com agressivo avanço das frentes agropastoris, e conseqüente extermínio dos povos tradicionais que aqui viviam. Muitos desses povos foram exterminados e os que sobreviveram ficaram sem boa parte de seus territórios tradicionais.

No Estado de Mato Grosso do Sul<sup>4</sup>, assiste-se atualmente à situação de muitas comunidades indígenas, especialmente Kaiowa e Guarani, que vivem fora de seus territórios tradicionais, à beira de rodovias ou provisoriamente instalados em reduzidos pedaços de terra, onde ficam aguardando até o julgamento do processo judicial que decidirá pelo retorno ou não ao seu antigo *tekoha*<sup>5</sup>.

Por se encontrarem fora de seus territórios tradicionais, por motivo de esbulho sofrido, geralmente, durante o governo do presidente Getúlio Vargas (1930-1945), os Kaiowa e Guarani a partir da década de 1980 começam a lutar para retomar parte de seu território tradicional. Brand em sua tese doutoral fez um trabalho de levantamento histórico e listou em seu estudo mais de 80 antigas áreas de ocupação tradicional indígena que foram esbulhadas e destruídas por iniciativas colonialistas, durante o século XX, no território tradicional Kaiowa e Guarani<sup>6</sup>.

É neste contexto que surgem os denominados acampamentos que estão situados nas margens de rodovias, ou mesmo em uma pequena porção da área reivindicada. É onde se encontra instalada a aldeia Laranjeira Ñanderu onde as crianças Kaiowa e Guarani moram com suas famílias. Nosso objetivo neste artigo é discutir como ocorrem os processos de aprendizagem a partir das especificidades culturais das crianças indígenas que vivem na aldeia Laranjeira Ñanderu, em situação de acampamento, em Rio Brillante/MS e compreender como elas aprendem os conhecimentos tradicionais de seu povo.

Brand diz que os povos Guarani e Kaiowá antes da chegada das diferentes *ondas de colonização* já estavam distribuídos por um amplo território onde especificamente

---

<sup>4</sup> Segundo Thiago Leandro Vieira Cavalcante [...] dados do Censo Populacional do IBGE de 2010, da SESAI e da FUNAI, estima-se que a população Kaiowa e Guarani que vive em áreas de reservas indígenas, terras indígenas e acampamentos em Mato Grosso do Sul seja de 51.801 indivíduos, desses 2.630 vivem em acampamentos, 38.525 em reservas indígenas criadas pelo SPI e 10.646 em terras indígenas demarcadas após 1980. Esses dados são bastantes conservadores e não computam grande parte da população indígena que vive em áreas urbanas, o que faz considerar a população guarani e kaiowá de Mato Grosso do Sul em 60.000 pessoas vivendo em diferentes tipos de assentamentos não seja nenhum exagero. Cavalcante, Thiago Leandro Vieira. *Colonialismo, território e territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul*. 2013. Tese (Doutorado em História). Universidade Estadual Paulista, Assis, São Paulo, p. 84.

<sup>5</sup> Segundo Thiago Leandro Vieira Cavalcante os Kaiowa e Guarani [...] utilizam a categoria nativa *tekoha* como sinônimo de aldeia ou terra indígena. Trata-se de categoria polissêmica cuja instrumentalização depende do contexto de sua utilização. Cavalcante, Thiago Leandro Vieira. *Colonialismo, território e territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul*. 2013. Tese (Doutorado em História). Universidade Estadual Paulista, Assis, São Paulo, p. 51.

<sup>6</sup> Brand, Antonio Jacó. *O impacto da perda da terra sobre a tradição Kaiowa/Guarani: os difíceis caminhos da Palavra*. 1997. Tese (Doutorado em História) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 130.

“os Kaiowá localizavam suas aldeias, tendo como referenciais básicos as matas, os córregos e as aldeias”<sup>7</sup>.

Para Brand<sup>8</sup> falar em território tradicional significa apresentá-lo em duas dimensões: o *ñane retã* (território amplo) e o *ñande reko* (modo de vida coletivo, transmitido de geração em geração através das palavras tradição que explicitam o bom modo-de-ser, vivido e transmitido pelos seus antepassados). Os indígenas Kaiowá vivenciaram o *ñane retã* no passado e ainda vivenciam atualmente o *ñande reko* como forma de recuperar o seu *oguata* (caminho) para reconstruir e reorganizar seu *tekoha*.

Esta pesquisa está fundamentada nos teóricos dos Direitos Humanos e dos Estudos Culturais uma vez que estes estudos se constituem num “paradigma” de reflexão pois, “trata-se de considerar a cultura em sentido amplo, antropológico, de passar de uma reflexão centrada sobre o vínculo cultura-nação para uma abordagem da cultura dos grupos sociais”.

Não se trata aqui de fazermos uma discussão histórica do surgimento deste campo teórico que já foi abordado por muitos autores em outros ensaios, mas destacar que no âmbito da cultura e da pesquisa de campo a cultura indígena tem conhecimento próprio que forma e fundamenta o respeito das crianças com a natureza, com sua família e com a terra que são importantes para sua constituição identitária.

Os Estudos Culturais surgiram em meados de 1950 com o objetivo de reconhecer e compreender a diversidade humana em uma perspectiva de respeito e coexistência plural. O Jamaicano Hall foi um dos grandes expoentes dos Estudos Culturais. Não foi o único, porém, queremos destacar que acerca da cultura Hall<sup>9</sup> tem como premissa básica percebê-la como algo vivo, contemporâneo, cujas estratégias deslocam as disposições de poder. Este autor rejeita o debate em torno da polarização alta/baixa cultura. Para ele é necessário buscar a compreensão da cultura como um “local de interesses convergentes”, que precisaria levar em consideração questões

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>8</sup> Para Brand, Antonio Jacó. *O impacto da perda da terra sobre a tradição Kaiowa/Guarani: os difíceis caminhos da Palavra*. 1997. Tese (Doutorado em História) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 9, a reconstrução do território dos Guarani e Kaiowá está centrada na possibilidade dos indígenas recuperar os espaços geográfico dentro do território amplo (*ñane retã*) e na possibilidade de reconstruir a relação cultural e histórica definida com a terra, dentro do território tradicional, que permita reproduzir o seu modo de ser (*ñande reko*).

<sup>9</sup> Hall, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: UFMG; Brasília: Representação da Unesco no Brasil, 2003, p. 11.

diretamente propostas pelas mudanças históricas relacionadas às modificações na indústria, na democracia, interpretada pelas classes sociais e pelas artes<sup>10</sup>.

Nosso entendimento é de que a cultura, defendida por Hall como algo vivo e que desloca as posições de poder, traduz-se nesta pesquisa pelo entendimento dos processos próprios de aprendizagem que são ensinados às crianças indígenas na aldeia em que vivem. Eles não aprendem uma cultura passiva, mas sim vivem a cultura no cotidiano com a aprendizagem dos saberes tradicionais que são repassados desde cedo para elas pelos pais, pela natureza e pelas crianças mais velhas.

Por meio de Hall aprendemos com os Estudos Culturais que o desenvolvimento das sociedades não se explica apenas a partir da perspectiva de luta de classes. Os Estudos Culturais nos alertam para o cruzamento entre as diversas identidades. Assim, a identidade negra [a identidade indígena], por exemplo, é atravessada pela identidade de gênero, pela orientação sexual, pela *territorialidade*, geração, etc. (Grifo nosso)<sup>11</sup>.

Para Silva<sup>12</sup> há uma preocupação contínua dos Estudos Culturais com a transformação social e cultura radical e como estudá-la. Segundo este autor, “seus praticantes veem os Estudos Culturais não simplesmente como uma crônica de mudança cultural, mas como uma intervenção nessa mudança”<sup>13</sup>. Por isso, os teóricos dos Estudos Culturais propuseram um rompimento paradigmático ao perceber a cultura como algo vivo. Busca trazer a análise das diferenças culturais como elemento fundamental da paisagem social. Além disso, os Estudos Culturais trabalham com a polissemia dos conceitos, e relações com diversas fontes de conhecimento.

Dessa forma, a partir da centralidade do território e das práticas culturais, pretendemos compreender o cotidiano das crianças indígenas e seus direitos básicos, de maneira especial, o direito à pedagogia tradicional, às práticas rituais, sua organização social e o direito à circularidade, qual seja, a possibilidade de ir e vir em seu território ancestral, poder caçar e pescar, andar pelas trilhas, conviver com sua parentela e reproduzir o *teko porã* – o jeito de ser Kaiowá e Guarani.

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 133-134.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>12</sup> Silva, Tomaz Tadeu da (org.). *Alienígenas na sala de aula: uma introdução aos estudos culturais em educação*. 11 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 15.

### **Direito à pedagogia indígena e a circularidade na Aldeia Laranjeira Ñanderu**

Como afirmado anteriormente, as famílias desta comunidade constituem uma aldeia (Laranjeira Ñanderu), também chamada na língua guarani de *tekoha*. Segundo a Constituição Federal do Brasil, de 1988, em seu artigo 231:

São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Consideramos, dessa maneira, o território tradicional o primeiro direito humanos básico desses povos indígenas, a partir do qual podemos elencar todos os demais, como o direito à sua cultura, língua e tradições. No presente texto, antes de tratarmos do direito à pedagogia tradicional, vamos contextualizar a aldeia/comunidade.

A aldeia Laranjeira Ñanderu tem uma população estimada em 110 indígenas<sup>14</sup>, situa-se às margens da BR 163, rodovia que liga a Capital Campo Grande à Rio Brilhante. A área foi retomada em 2004. Por ordem da justiça federal, ocupam cerca de 50 hectares de terra, até que finalize o processo judicial. Vivem em situação de precariedade, sem água potável, constante insegurança alimentar, moradias provisórias feitas muitas delas de lona, pressionados pelo proprietário da fazenda; contexto *colonial*, que denominamos como “situação de acampamento”, caracterizado pela provisoriabilidade.

Fanon<sup>15</sup> afirma que a *situação* do colonizado é marcada pela violência, pela segregação e expulsão feita pelo colonizador em que se retira primeiramente a sua terra [*tekoha*/território]. Podemos dizer que quando os colonizados são retirados de sua terra/território/[*tekoha*] perdem a *mobilidade* para trabalhar, coletar, caçar e pescar. Segundo Crespe<sup>16</sup> “esta mobilidade é também responsável pelo conhecimento do ambiente biofísico sobre o local que os índios mais velhos costumam acumular”. Perdendo a posse da terra, esta [terra] passa para eles a ser “o valor mais essencial, porque o mais concreto” e por isso a *cidade do colonizador* e a *cidade do colonizado* são contrárias, esta marcada pela escassez e aquela pela abundância.

Neste contexto encontra-se o presente estudo com as crianças indígenas e suas práticas de pedagogia tradicional, com destaque para a circularidade. Compreender

---

<sup>14</sup> Os dados populacionais têm por base o programa de segurança alimentar MDS/FUNAI. Situação em julho de 2012.

<sup>15</sup> Fanon, Frantz. *Os condenados da terra*. Juiz de Fora/MG: Editora UFJF, 2010.

<sup>16</sup> Crespe, Aline Castilho. *Mobilidade e temporalidade Kaiowá: do tekoha à reserva, do tekoharã ao tekoha*. Tese de Doutorado em História. UFGD: Dourados, 2015, p. 241.

como ocorre a circularidade das crianças indígenas que moram na aldeia dentro da mata e estudam na cidade em escola de *karai* (branco não-indígena), é um desafio. No entanto, os desenhos feitos pelas crianças demonstraram a forte ligação com seu território. Esta ligação fortalece sua identidade que se produz numa intimidade intersticial<sup>17</sup> e, às vezes, permanece borrada pela colonialidade.

Em relação aos processos próprios de aprendizagem convém ressaltar que a pesquisa apesar de considerar a educação escolar que ocorre na cidade, nosso foco são as relações educativas das crianças indígenas na aldeia Laranjeira Ñanderu, diferenciando escola de educação e, neste contexto, os processos próprios de aprendizagem, aqueles que ocorrem no seio da família extensa, conforme figura abaixo, que mostra a parentela do senhor Olímpio.

**Figura 1. Parte da família extensa do Sr. Olímpio**



**Fonte: Gutierrez (2015)**

Durante o trabalho de campo, observamos que as crianças indígenas durante a semana têm que se deslocar para as escolas municipais Criança Esperança I, II, III e IV, Escola Municipal Prefeito Sírio Borges, Escola Municipal Rural Arthur Tavares e Escola Estadual Etalvio Pereira Martins onde recebem aulas do 1º ao 9º ano e Ensino Médio. O transporte não é regular, pois ocorrem atrasos e quando chove torna-se inviável.

<sup>17</sup> Bhabha, Homi. *O local da cultura*. Belo Horizonte: UFMG, 1998, p. 35.

Em relação ao ensino recebido em sala de aula, as crianças não têm nenhum acompanhamento dos professores na aldeia. Devem estudar por conta própria, em um contexto em que os adultos, em grande maioria são analfabetos, originários de uma tradição marcada pela oralidade. O fato da escola não ser indígena também implica no fato de que a organização do ensino e da aprendizagem são marcados por um currículo marcadamente “nacional”, ou como dizemos, “Ocidental”.

Da mesma forma observando as crianças na aldeia verificamos que os processos de aprendizagem ocorrem no seu cotidiano, em meio às atividades de convivência, pois elas recebem os conhecimentos dos pais, dos parentes, dos mais velhos e os ensinam/compartilham entre si.

Para fundamentar o conceito de pedagogia indígena e/ou processos próprios de aprendizagem tomamos como referência a Constituição Federal de 1988, no artigo 210, parágrafo segundo que diz: “O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”. Ressaltamos que a partir desta Lei, os indígenas deixaram de ser considerados uma categoria social fadada a extinção e passaram a ser respeitados como grupos étnicos diferenciados, com direito a manter seus próprios processos de ensino e aprendizagem inaugurando a possibilidade de uma nova proposta de educação indígena nas aldeias em que moram.

Da mesma forma a Lei n. 9.394 de 20 de dezembro de 1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) no art. 32, parágrafo terceiro diz “O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e *processos próprios de aprendizagem*”. E a Lei n. 10.172 de 9 de janeiro de 2001 no item 9.2 das diretrizes destaca que “A Constituição Federal assegura às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e *processos próprios de aprendizagem*”.

Esse ordenamento jurídico dá suporte ao direito que as crianças indígenas têm de, por um lado, receberem um aprendizado no sistema escolar nacional, não-indígena, mas também, em suas aldeias aplicá-lo em suas vidas da melhor maneira, valorizando suas culturas e assim, podem manter viva as suas formas próprias de educar.

Segundo Nascimento<sup>18</sup>, o cotidiano das crianças indígenas se perfaz pelo olhar da realidade presente na aldeia

---

<sup>18</sup> Nascimento, Adir C. *A cosmovisão e as representações das crianças Kaiowá/Guarani: o antes e o depois da escolarização*. Anais da 25ª Reunião Brasileira de Antropologia. Goiânia, 2006.

As crianças aprendem olhando, observando toda a realidade, estão presentes em toda parte na aldeia e nas áreas circundantes e quase não há punições. A criança tem liberdade permissividade e autonomia, experimentando e participando da realidade concreta do dia a dia, seus conflitos e contradições, estão perfeitamente articuladas com a aprendizagem e responsabilidades na vida, que nas comunidades indígenas iniciam muito cedo<sup>19</sup>.

Acreditamos na importância de se refletir os processos próprios de aprendizagem com diálogos entre os autores que já pesquisaram esta temática e trazem uma reflexão acerca desta realidade. Assim, apresentamos abaixo de forma breve os estudos que tratam da educação indígena e a relação da criança nos processos de aprendizagem, em especial dos elementos da cultura tradicional.

O levantamento da produção do conhecimento que apresentamos a seguir, identifica-se com o que Romanowski; Ens<sup>20</sup> denominam de “estado do conhecimento” por abordar “apenas um setor das publicações sobre o tema estudado”.

Benites<sup>21</sup> defendeu a dissertação que tratou de “*Oguata Pyahu* (uma nova caminhada) no processo de desconstrução e construção da educação escolar indígena da aldeia Te’yikue” e afirmou que a construção da escola indígena (processo de escolarização) se faz na perspectiva do diálogo entre os conhecimentos tradicionais e a escola formal. Relatou que a identidade que se forma é o produto de uma realidade e resistência.

A dissertação de Benites<sup>22</sup> tratou do tema “A escola na ótica dos Ava Kaiowá: impactos e interpretações indígenas” e analisou as divergências e conflitos entre a educação Kaiowá realizada pelas famílias extensas e a escola formal introduzida nas aldeias. Fez também uma análise dos efeitos de atividades desenvolvidas pelas antigas escolas integracionistas na formação de novas gerações indígenas, identificando os possíveis impactos e interferências negativas na organização educativa das famílias extensas Kaiowa.

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>20</sup> Romanowski, Joana P; ENS, Romilda T. As pesquisas denominadas do tipo “estado da arte” em educação. *Diálogo Educ.* Curitiba, v. 6, n. 19, p. 37-50, Set/Dez, 2006, p. 40.

<sup>21</sup> Benites, Eliel. *Oguata Pyahu (uma nova caminhada) no processo de desconstrução e construção da educação escolar indígena da aldeia Te’yikue*. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2014.

<sup>22</sup> Benites, Tônico. *A escola na ótica dos ava kaiowá: impactos e interpretações indígenas*. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

Benites<sup>23</sup> contribuiu para se entender que na educação das crianças há dois grupos, sendo o primeiro grupo educativo composto pelas mulheres e o segundo grupo é composto pelos homens. O primeiro grupo é determinante, pois todas as tarefas educativas são supervisionadas rigorosamente pela liderança feminina, a avó, juntamente com filhas e noras mais experientes.

Nesse momento de aprendizagem é que se faz a classificação das crianças por ciclo de crescimento. Segundo Benites

Neste âmbito da família extensa para ensinar as crianças e jovens de modo correto. É feita uma classificação das crianças por ciclo de crescimento, considerando os diversos momentos por que passam os jovens. É levada em consideração o estado e a característica de cada alma gradativamente assentada no corpo da criança, observando a sua força e a fraqueza, visto que a condição da alma (*ayvu ñe'e*) é a condição vital para o bom desenvolvimento da aprendizagem e crescimento saudável do corpo<sup>24</sup>. (Grifos dos autores).

Aqui começa o processo de aprendizagem na educação tradicional, pois, as fases de crescimento das crianças são acompanhadas de forma que elas ganham liberdade vigiada no espaço familiar. A sequência das fases é acompanhada pela mãe e avó que ajudam a criança com a idade de cinco a dez anos a realizar a ressignificação do comportamento e a incorporação de frases ou ideias de adultos. Para Benites:

Esta fase é considerada a mais delicada e preocupante, porque é o início da imitação, reprodução e incorporação de qualquer comportamento e atitudes, sejam positivas ou negativas. Ainda é possível afastar da alma as palavras imperfeitas ou negativas, que podem comprometer a força e a aprendizagem do modo de ser adequado (*teko porã vy'a*) almejado pela família. É possível também fortalecer o estado da alma no corpo, para suportar e superar os desafios futuros frente aos possíveis ataques dos espíritos maléficos, visando sempre a derrotá-los e a evitar a sua incorporação<sup>25</sup>.

Verificamos que o processo de aprendizagem inicia-se desde que a criança tem uma identidade (o que geralmente ocorre a partir do ritual de nomeação/batismo) na aldeia e cada família, iniciando pelas mulheres (avó, mãe, noras) supervisiona as tarefas desenvolvidas por elas. Após, acompanhando o ciclo de crescimento a criança recebe a

---

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 63.

educação dada pelos homens. Somente após esse processo de aprendizagem é que os alunos indígenas ficam aptos a buscar a escolarização nas escolas públicas.

Seizer da Silva<sup>26</sup> que tratou do tema “Educação escolar indígena na aldeia bananal: prática e utopia” investigou as permanências e mudanças na prática pedagógica decorrente da passagem de escola extensão para a escola indígena de ensino médio, na Aldeia Bananal, Distrito de Taunay, Município de Aquidauana/MS, com especial atenção para a questão das diferenças étnicas.

Seizer da Silva<sup>27</sup> descreve que os grupos escolares se organizam de acordo com os poderes que se constituem e se reconstituem dentro da Aldeia Bananal. Para este autor

Os grupos escolares se organizam, numa tomada de pertencimento, solicitada pelos grupos dominantes. Tem-se aqui a necessidade de confirmar espaços, de marcar territórios. Mas o que se vê é o trânsito constante dos sujeitos entre os diversos grupos religiosos, que demonstram seu poder no espaço onde se encontram. Mas nesse transitar, não há exclusão<sup>28</sup>.

Dessa forma, a tensão criada, os enfrentamentos e os diálogos constantes na comunidade sobre a atuação da escola (processo de escolarização), provocam desconstruções que dinamizam o pertencer crítico estabelecido (aprendizagem), permitindo elaborar um conhecimento satisfatório e eficaz para a comunidade escolar do povo Terena do Posto Indígena de Taunay e Ipegue, e não mais do Terena da Aldeia Bananal<sup>29</sup>. A escola esquece o conhecimento que o aluno indígena produz na aldeia [processos próprios de aprendizagem] e que esse conhecimento poderia ser reproduzido em sua vivência na sala de aula.

Para Backes e Nascimento<sup>30</sup> a escola indígena, por estar nesse espaço ambivalente, localizada na fronteira entre a negação e a afirmação dos saberes indígenas, ora legitimando o saber Ocidental, ora subvertendo-o, torna-se um espaço de negociação privilegiado entre a cultura indígena e a cultura ocidental, reconhecendo sua incomensurabilidade ao mesmo tempo em que também reconhece a impossibilidade de

---

<sup>26</sup> Seizer da Silva, Antonio Carlos. *Educação escolar indígena na aldeia bananal: prática e utopia*. Dissertação (Mestrado em Educação) – UCDB, Campo Grande, 2009.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>30</sup> Backes, José Licínio; Nascimento, Adir Casaro. “Aprender a ouvir as vozes dos que vivem nas fronteiras étnico-culturais e da exclusão: um exercício cotidiano e decolonial”. *Série Estudos (Dossiê Fronteiras)*, n. 31, jan./jun. 2011. Campo Grande: UCDB, 2011, p. 25-34.

que elas não se cruzem, imbriquem, mesquem, produzindo novos modos de ser/viver indígena. Para Seizer da Silva<sup>31</sup> o conhecimento circunscrito na realidade não-indígena não satisfaz o seu ideal de escola indígena. Segundo ele

O que seria viável são os poderes polissêmicos que a atuação da escola produziria no campo social e político. Ninguém aqui pretende uma escola ligada à concepção mítica Terena, que evidencia os valores do passado. E também não querem a escola do não-indio, pura e simplesmente, com suas tecnologias e aparatos pedagógicos. Mas, dizem aqui, de uma retomada da vivência, onde todos esses valores, com seus significados, seriam colocados a apreciação da população num todo. E só ai construir efetivamente e porque não, gradativamente a educação que garante acesso, mas que não deixa de ser a do momento que o povo Terena esteja vivendo na perspectiva da interculturalidade<sup>32</sup>.

Ainda quando se fala em interculturalidade se quer retomar com Fleuri<sup>33</sup> que a educação intercultural propõe uma escola dialógica onde o diverso faz parte do seu espaço, sem ser mancha que provoque a exclusão, buscando por meio da escola superar as discriminações da sociedade<sup>34</sup>.

Para Fleuri<sup>35</sup> “o termo multicultural tem sido utilizado como categoria descritiva, analítica, sociológica ou histórica, para indicar uma realidade de convivência entre diferentes grupos culturais num mesmo contexto social”<sup>36</sup>.

Ainda segundo o mesmo autor, o que nós chamamos de

[...] intercultural refere-se a um campo complexo em que se entrecruzam múltiplos sujeitos sociais, diferentes perspectivas epistemológicas e políticas, diversas práticas e variados contextos sociais. Enfatizar o caráter relacional e contextual (inter) dos processos sociais permite reconhecer a complexidade, a polissemia, a fluidez e a relacionalidade dos fenômenos humanos e culturais. E traz implicações importantes para o campo da educação<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> *Op. Cit.* Seizer da Silva, Antonio Carlos. *Educação escolar indígena na aldeia bananal...*

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>33</sup> Fleuri, Reinaldo Matias. *Intercultura e educação. Grifos*, Chapecó, n. 15, p. 16-47, nov./2003.

<sup>34</sup> *Op. Cit* Nota 26 *Educação escolar indígena na aldeia bananal...*, p. 98.

<sup>35</sup> *Op. Cit* Nota 33. *Intercultura e educação...*

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>37</sup> Fleuri, Reinaldo Matias. *Intercultura e educação. Grifos*, Chapecó, n. 15, p. 16-47, nov./2003, p. 41.

Segundo Aquino<sup>38</sup> a aprendizagem ocorre nos diferentes momentos da vida. Verifica-se, portanto que

[...] ao longo de toda a vida as pessoas vão adquirindo muitos aprendizados, e esses aprendizados acontecem em diferentes momentos. As crianças indígenas Guarani/Kaiowá, como todo e qualquer ser humano, estão em constante processo de desenvolvimento, aprendendo dos mais diferentes jeitos e em vários momentos da vida<sup>39</sup>.

E, nesse passo, apresenta diversos depoimentos de entrevistados que relatam serem as crianças sujeitos culturais e por isso transitam nas culturas sem dificuldades embora sejam educadas para respeitar os valores tradicionais e os valores não indígenas<sup>40</sup>. Reforça esse olhar o entendimento de Nascimento<sup>41</sup> de que

As crianças aprendem olhando, observando toda a realidade, estão presentes em toda a parte na aldeia e nas áreas circundantes e quase não há punições. A criança tem liberdade, permissividade e autonomia, experimentando e participando da realidade concreta do dia a dia, seus conflitos e contradições, estão perfeitamente articuladas com aprendizagem e responsabilidades.

Desta forma, defende Aquino<sup>42</sup> que o Guarani e Kaiowá precisam negociar o conteúdo sistematizado (na escola) com o sistema tradicional de educação numa relação de ambiguidade para o alcance do mesmo objetivo. Backes e Nascimento<sup>43</sup> acreditam que os povos indígenas nos instigam a subverter e ressignificar as práticas de colonização e subordinação.

No caso do processo de escolarização nas escolas públicas de Rio Brillante/MS e dos processos próprios de aprendizagem não se trata de reivindicar o desenvolvimento de uma cultura apenas para as crianças indígenas na escola e nem de tornar a cultura indígena absoluta e única, mas de propor um processo dinâmico onde a escola possa trabalhar com a presença do indígena em seu interior, apresente um projeto político e

---

<sup>38</sup> Aquino, Elda Vasques. *Educação escolar indígena e os processos próprios de aprendizagens: espaços de inter-relação de conhecimentos na infância Guarani/Kaiowá, antes da escola, na comunidade indígena de Amambai, Amambai – MS*. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2012.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 86.

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> *Op. Cit.* Nascimento, Adir C. *A cosmovisão e as representações das crianças Kaiowá/Guarani...*, p. 8.

<sup>42</sup> *Op. Cit.* Aquino, Elda Vasques. *Educação escolar indígena e os processos próprios de aprendizagens...*

<sup>43</sup> *Op. Cit.* Backes, José Licínio; Nascimento, Adir Casaro. “Aprender a ouvir as vozes dos que vivem nas fronteiras...”.

pedagógico que inclua a comunidade indígena. Que a escola ao enxergar a criança indígena que tem uma cultura diferente faça atividades multiculturais onde se possibilite o desenvolvimento da cultura e da aprendizagem de ambos (brancos e índios) e ela negocie com a cultura indígena os saberes tradicionais que muitas vezes foram negados pelo poder colonizador.

Com o estudo dos processos próprios de aprendizagem das crianças indígenas na aldeia se desvenda as relações de poder dentro da escola e busca-se na visão de Walsh<sup>44</sup> pensar que estamos colaborando para descolonizar o saber e isso representa uma mistura de sentimentos/pensamentos ambivalentes e também um exercício permanente de descentramento como bem reforça Larrosa<sup>45</sup> uma vez que se torna uma experiência impronunciável.

Desta forma, Skliar<sup>46</sup> nos lembra que na condição de sujeito do conhecimento produzido pelo ocidente é importante que controlemos o ímpeto etnocêntrico-colonizador de nossa racionalidade aceitando nossa incapacidade de vermos o outro na radicalidade de sua diferença. Escutar o outro sem pretensão de compreendê-lo é crucial, pois sem a compreensão e sem o reconhecimento de que há coisas incompreensíveis o sujeito resultará no retorno da mesmidade e da asfixia da diferença.

Como se reconhece as crianças indígenas o direito à educação diferenciada? Os processos próprios de aprendizagem das crianças indígenas Guarani e Kaiowá na aldeia Laranjeira Ñanderu passa pelo respeito que se deve ter à representação de seus conhecimentos aprendidos na aldeia e aproveitados dentro da escola. A presença da cultura indígena no espaço escolar desestabiliza, questiona e gera cidadania e esta poderá ser construída e desenvolvida de forma coletiva com professores, direção e alunos.

### **Considerações finais**

Na Aldeia Laranjeira Ñanderu há um esforço dos pais em preservar seus elementos culturais, assim como valorizar os processos próprios de aprendizagem uma vez que o processo de escolarização das crianças indígenas em situação de acampamento já ocorre nas escolas públicas de Rio Brilhante.

---

<sup>44</sup> Walsh, Catherine. “Interculturalidade crítica e pedagogía decolonial: in-surgir, re-existir e re-viver”. In: Candau, Vera Maria (org.). *Educação intercultural na América Latina: entre concepções, tensões e propostas*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2009. p. 12-43.

<sup>45</sup> Larrosa, Jorge. *Pedagogia profana: danças, piruetas e mascaradas*. Belo Horizonte: Autêntica, 2003.

<sup>46</sup> Skliar, Carlos. *Pedagogia (improvável) da diferença e se o outro não estivesse aí?* Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

Sabemos que o processo de escolarização faz sentido à medida que ela é capaz de preparar o aluno para viver entre culturas diferentes. Desta forma, a escola que favoreça o desenvolvimento do processo de escolarização pode ser concebida como um espaço de encontro de culturas diferentes respeitando as diversas formas de ser e de pensar. O que se espera é despertar na família, na comunidade, nos professores e alunos, e também na sociedade ocidental, a perspectiva de vivência intercultural com a valorização dos processos próprios de aprendizagem que ocorrem na aldeia para o desenvolvimento de uma sociedade aberta e marcada pela aceitação da diferença cultural.

Esperamos, ainda, que o processo de escolarização e os processos próprios de aprendizagem das crianças indígenas que estudam nas escolas públicas de Rio Brilhante/MS sejam corroborados pela participação da comunidade indígena que possui uma cultura (processos próprios de aprendizagem) que permite o diálogo com a comunidade escolar no projeto político e pedagógico. Que seja realmente um diálogo que possibilite dar visibilidade ao conhecimento tradicional e que a educação escolar indígena se transforme numa educação intercultural.

O que realmente chama a atenção, no entanto, ao final desta pesquisa, é constatar o quanto a falta do território tradicional impacta a vivência da cultura e dos modos de transmissão dos conhecimentos tradicionais, o que chamamos de *pedagogia indígena*. Dessa forma, o direito humano ao território é a base para os demais direitos, em especial quando se trata das crianças, que desenvolvem a prática da circularidade, ou seja, o livre trânsito entre as parentelas, nas trilhas da aldeia, nas idas e vindas da mata ao rio, resignificando elementos da natureza e reforçando laços de seu parentesco e de seus processos próprios de aprendizagem.

Assim, podemos concluir afirmando que os direitos humanos de crianças indígenas Kaiowá e Guarani da aldeia Laranjeira Ñanderu, de Rio Brilhante/MS (Brasil) estão profundamente comprometidos, em dissonância com o ordenamento jurídico nacional (Constituição Federal/1988) e também, com a Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), que preconiza o direito dos povos tradicionais aos seus territórios e modos próprios de viverem sua cultura. Nesse contexto, as crianças praticam a circularidade, mas com sérios comprometimentos em relação a educação tradicional, tendo em vista os sinais de violência externa, personificadas na falta do território tradicional.

### Referências Bibliográficas

- Aquino, Elda Vasques. *Educação escolar indígena e os processos próprios de aprendizagens: espaços de inter-relação de conhecimentos na infância Guarani/Kaiowá, antes da escola, na comunidade indígena de Amambai, Amambai – MS*. Dissertação (Mestrado em Educação) – UCDB, Campo Grande, 2012.
- Backes, José Licínio; Nascimento, Adir Casaro. “Aprender a ouvir as vozes dos que vivem nas fronteiras étnico-culturais e da exclusão: um exercício cotidiano e decolonial”. *Série Estudos (Dossiê Fronteiras)*, n. 31, jan./jun. 2011. Campo Grande: UCDB, 2011. (p. 25-34).
- Benites, Eliel. *Oguata Pyahu (uma nova caminhada) no processo de desconstrução e construção da educação escolar indígena da aldeia Te'yikue*. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2014.
- Benites, Tônico. *A escola na ótica dos ava kaiowá: impactos e interpretações indígenas*. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – UFRJ: RJ, 2009.
- Bhabha, Homi. *O local da cultura*. Belo Horizonte: UFMG, 1998.
- Brand, Antonio Jacó. *O impacto da perda da terra sobre a tradição Kaiowa/Guarani: os difíceis caminhos da Palavra*. 1997. Tese (Doutorado em História) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- Cavalcante, Thiago Leandro Vieira. *Colonialismo, território e territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul*. 2013. Tese (Doutorado em História). Universidade Estadual Paulista, Assis, São Paulo.
- Crespe, Aline Castilho. *Mobilidade e temporalidade Kaiowá: do tekoha à reserva, do tekoharã ao tekoha*. Tese de Doutorado em História. UFGD: Dourados, 2015.
- Fanon, Frantz. *Os condenados da terra*. Juiz de Fora/MG: Editora UFJF, 2010.
- Fleuri, R. M. *Intercultura e educação*. *Grifos*, Chapecó, n. 15, p. 16-47, nov./2003.
- Hall, Stuart. *Identidades culturais na pós-modernidade*. RJ: DP&A, 1997b.
- *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: UFMG; Brasília: Representação da Unesco no Brasil, 2003.
- Larrosa, Jorge. *Pedagogia profana: danças, piruetas e mascaradas*. Belo Horizonte: Autêntica, 2003.

- Nascimento, Adir C. *A cosmovisão e as representações das crianças Kaiowá/Guarani: o antes e o depois da escolarização*. Anais da 25ª Reunião Brasileira de Antropologia. Goiânia, 2006.
- Romanowski, Joana P; ENS, Romilda T. As pesquisas denominadas do tipo “estado da arte” em educação. *Diálogo Educ.* Curitiba, v. 6, n. 19, p. 37-50, Set/Dez, 2006.
- Seizer da Silva, Antonio Carlos. *Educação escolar indígena na aldeia bananal: prática e utopia*. Dissertação (Mestrado em Educação) – UCDB, Campo Grande, 2009.
- Silva, Tomaz Tadeu da (org). *Alienígenas na sala de aula: uma introdução aos estudos culturais em educação*. 11 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.
- Skliar, Carlos. *Pedagogia (improvável) da diferença e se o outro não estivesse aí?* Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- Walsh, Catherine. “Interculturalidade crítica e pedagogia decolonial: in-surgir, re-existir e re-viver”. In: Candau, Vera Maria (org.). *Educação intercultural na América Latina: entre concepções, tensões e propostas*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2009. p. 12-43.



**XII. EL DERECHO AL DISFRUTE  
DE UN MEDIO AMBIENTE SALUDABLE**



## **ENTENDENDO O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA GERAÇÃO.**

### **UNDERSTANDING THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN THE LIGHT OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF THIRD GENERATION.**

Renato Alves Vieira de Melo  
*Universidad de Salamanca*

**Resumo:** O presente artigo visa conscientizar a sociedade sobre a importância do Desenvolvimento Sustentável, tendo como um dos objetivos o atendimento aos direitos fundamentais de terceira geração eminente marcado pelo ideal de solidariedade entre os povos, a defesa do indivíduo como membro de uma coletividade e a difusão da dignidade da pessoa humana

Essa conscientização nos levar a repensar o nosso modelo econômico mundial, onde o atual sistema capitalista conduziu a sociedade a um colapso global, disseminando a pobreza, a fome, desigualdade sociais e degradação do meio ambiente, obrigando ao homem insurgir contra o modelo vigente, suscitando o Desenvolvimento Sustentável.

Destacamos, que além do aspecto econômico, os pilares do Desenvolvimento Sustentável são caracterizados na obtenção de uma responsabilidade pelo social e o respeito ao meio ambiente, que nos dias de hoje, é um tema discutido como um direito fundamental importante.

O meio ambiente ganhou extrema relevância nos últimos tempos e é tratado por toda a comunidade internacional como prioritário para atingirmos uma postura voltada à preservação do meio ambiente, com a preocupação de assegurar uma qualidade de vida melhor para as futuras gerações.

E isso se deve a limitação dos recursos ambientais que vem na contramão da ganancia e do descaso, diante da revolução dos meios de produção e progressos tecnológicos atrelado a degradação do meio ambiente. A busca por uma vida mais digna e com a redução da fome e da pobreza exige um processo de transformação e harmonização da exploração de recursos, primando por um crescimento econômico racional e eficiente, baseado em novos parâmetros econômicos, culturais e de valores em todo mundo, criando fontes alternativas para se atingir um novo desenvolvimento, considerados por muitos utópicos, mas a perseverança e conscientização dos problemas atuais nos levará a construção de uma sociedade mais humana.

O presente artigo tem por finalidade abordar o conceito de Desenvolvimento Sustentável tendo como base a preservação do meio ambiente e o social, a partir da vertente dos direitos humanos, para salvaguardar a vida do planeta, levando-se em conta a necessidade de constituir uma cultura de paz e de uma responsabilidade voltada para o social.

**Palavras chaves:** Desenvolvimento Sustentável, Cultura de Paz, Direitos Humanos.

**Abstract:** The aim of this article is to make society aware that achieving sustainable development consists in aiming at the fundamental rights of the eminent third generation marked by the ideal of solidarity among peoples and the defense of the individual as a member of a community and the diffusion of the dignity of the human person

This awareness will lead us to rethink our world economic model, where the current capitalist system has led society to a global collapse, spreading poverty, hunger, social inequality and degradation of the environment, forcing man to insurgent against the current model of development, And thus emerges, Sustainable Development.

Thus, we highlight the right to achieve social responsibility and respect for the environment, as the pillars for achieving sustainable development, which today is a topic discussed as an important fundamental right.

The environment has become extremely relevant in recent times and is treated by the entire international community as a priority to achieve a posture aimed at preserving the environment, with a concern to ensure a better quality of life for future generations.

And this is due to the limitation of the environmental resources that come against profit and neglect, in the face of the revolution of the means of production and technological progress linked to the degradation of the environment. The quest for a more dignified life and the reduction of hunger and poverty requires a process of transformation and harmonization of the exploitation of resources, by rational and efficient economic growth based on new economic, cultural and values parameters throughout the world, Creating alternative sources for a new development, considered by many utopians, but perseverance and awareness of current problems had led us to build a more humane society.

The purpose of this article is to address the concept of Sustainable Development and protection of the environment, based on human rights, to safeguard the life of the planet, taking into account the need to create a culture of peace and responsibility social.

**Keywords:** Sustainable Development, Culture of Peace, Human Rights

## 1. Introdução

O estudo visa evidenciar os grandes desafios do mundo globalizado na busca de um novo desenvolvimento atrelado a uma cultura de paz e aos direitos humanos, utilizando o método de pesquisa qualitativa narrativa com o intuito de aprofundar o fenômeno abordado, visando contribuir para o estudo ontológico da questão

Se fizermos um paralelo com a crise financeira que atingiu os Estados Unidos, verificamos os elevados recursos financeiros disponibilizados em poucos meses para salvar as instituições financeiras, recursos esses, muito acima daqueles que se diziam serem impossíveis mobilizar para acabar com a fome no mundo.

Com isso, hoje existe uma maior consciência de que terminar com a fome no mundo é perfeitamente factível, e que o desenvolvimento atual necessita ser revisto, para reduzir a desigualdade no mundo com uma distribuição justa da riqueza para conseguirmos um bem-estar social.

Esta parece ser a tendência das recomendações da agenda global para 2030, intitulada Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, que tem a possibilidade de atingir objetivos-zero, ou seja, metas que se baseiam na erradicação de fenômenos que consideramos inaceitáveis, como: erradicar a pobreza e a fome, em vez de apenas diminuir.

Desde dos objetivos do desenvolvimento do milênio, que suas metas venceram em 2015, não conseguimos reduzir as desigualdades de renda no mundo, pois os que fazem parte de 1% da população mais rica controla 40% da riqueza mundial. Devemos então, colocar a desigualdade social como meio e fim estratégico das metas dos

Objetivos do Desenvolvimento Sustentável para 2030, e para isso, devemos repensar o atual modelo produção e consumo vigente, e repensar os problemas econômicos, sociais e ambientais.

Para Friedman<sup>1</sup> a globalização deveria ser uma oportunidade de prosperidade para todos indivíduos e comunidades, no entanto, a globalização teve como resultado a desigualdade e a incapacidade de distribuir riquezas Fiori<sup>2</sup>. Diante desta evidencia, as Nações Unidas vêm procurando um modelo alternativo de desenvolvimento, e desde da Conferencia Rio 92, no Brasil, tendo como o documento intitulado Agenda 21, busca-se a interação entre os aspectos econômicos, ambientais e sociais, com foco em uma vida melhor para todos.

## 2. Cultura de Paz e o Desenvolvimento Sustentável

A globalização vem acarretando diversos problemas e ao mesmo tempo, despertando uma transformação cultural, onde Adams<sup>3</sup>, desenvolveu um programa intitulado cultura de paz da UNESCO, onde relata a necessidade da construção de uma sociedade sustentável, onde devemos incessantemente e sem descanso buscar uma cultura de paz, prevenindo a violência e o reconhecendo as desigualdades entre os povos, viabilizando diminuir os casos extremos de fome e de carências básicas.

Podemos dizer que a Cultura de Paz envolve um perfil mais humano, caracterizado pelo dialogo, pelo reconhecimento da diversidade dos seres e de sua cultura, sendo um conjunto de atitudes e comportamentos para uma vida mais amena, promovendo o respeito a vida com o fim da violência, implementando uma melhor educação, a solidariedade e a viabilização do diálogo e da cooperação, respeitando a soberania dos povos com soluções pacificas de conflitos em conformidade com a Carta das Nações Unidas e os Direitos Humanos. E com a necessidade para um desenvolvimento e proteção do meio ambiente para as gerações presentes e futuras ONU<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Friedman, Thomas L. *O mundo é plano*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

<sup>2</sup> Fiori, José Luís. *Os moedeiros falsos*. Petrópolis: Vozes, 1997.

<sup>3</sup> Adams, David. "História dos primórdios da cultura da paz". [em linha]. *Memórias pessoais*, 2003. <[www.comitepaz.org.br](http://www.comitepaz.org.br)> [14 noviembre 2006].

<sup>4</sup> ONU. Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz [em linha]. <[www.comitepaz.org.br/dec\\_prog\\_1.htm](http://www.comitepaz.org.br/dec_prog_1.htm)> [1 mayo 2004].

Na prática para responder aos grandes desafios da atualidade devemos atrelar ao desenvolvimento sustentável a cultura de paz, incluindo as gerações presentes e futuras UNESCO<sup>5</sup>.

Como em nenhuma outra área de conhecimento humano, as questões de meio ambiente fizeram surgir maior atenção às atitudes e procedimentos para as mudanças dos paradigmas. Esta mudança de paradigmas é pela escassez dos recursos naturais que se enfrenta atualmente. O bem-estar da sociedade depende das pessoas e dos recursos naturais que o planeta oferece, estes recursos devem ser utilizados de maneira mais eficiente, porque a limitação hoje é uma realidade, e se continuar à degradação do meio ambiente, o Desenvolvimento Sustentável não passará de um pensamento utópico, sendo que ele é uma estratégia de sobrevivência.

Para obtermos um pensamento crítico sobre a questão, necessitamos de uma educação de qualidade, que vise uma formação cidadã, que conscientize as pessoas do seu papel na sociedade, e para isso, a Educação Ambiental é o instrumento para se conseguir esse novo Desenvolvimento. Esta não deve ser apenas uma tarefa da Educação Ambiental, mas de toda educação, pois o desenvolvimento é centrado no ser humano e só ele é capaz de mudá-lo

### **3. Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) e a Responsabilidade Social**

Os objetivos do desenvolvimento sustentável indicam índices concretos em direção a um novo modelo de desenvolvimento, partindo do consenso estabelecido entre os países participantes da ONU. Deste modo, todos os atores sociais e empresariais devem reforçar suas ações e parcerias em prol dos objetivos que tenham metas e indicadores para diminuir as desigualdades sociais e promovam a inclusão social, a erradicação da pobreza, a promoção da igualdade entre gêneros e raças, proteção ambiental, a valorização da educação e saúde, a promoção das energias renováveis em Direção ao Desenvolvimento Sustentável.

Neste contexto, para obtermos a construção de um mundo melhor e com a redução de desigualdades, devemos resgatar valores que o ser humano tem desprezado nos últimos anos, os quais são fundamentais nas relações internacionais do século XXI,

---

<sup>5</sup> Supremo Tribunal Federal. Julgamento do MS nº 22.164, Rel. Min. Celso de Mello. [em línea]. 30 de noviembre de 1995 <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1)> [13 enero 20016]. UNESCO <[www.unesco.org/new/pt/brasilgia/post-2015-development-agenda- acessado](http://www.unesco.org/new/pt/brasilgia/post-2015-development-agenda- acessado)> [13 enero 20016].

como: respeito a natureza, a igualdade, a liberdade, a solidariedade, a tolerância, a responsabilidade pela gestão do desenvolvimento econômico e social.

Para Norberto Bobbio<sup>6</sup>, a terceira geração dos direitos tem um enfoque com base em estratégias de prevenção, adaptação e cooperação internacional entre as nações. Os grandes problemas ambientais do mundo atual são globais e como tais exigem soluções universais marcadas não só pela solidariedade dos ricos para com os pobres do sistema mundial, como pela solidariedade das gerações presentes para com as gerações futuras.

Temos uma decisão STF, Supremo Tribunal Federal Brasileiro, o relator o Ministro Celso Mello afirmando que o direito a integridade do meio ambiente é típico de terceira geração, e é refletido dentro do processo dos direitos humanos.

Enquanto, os direitos de primeira geração, realçam o princípio da liberdade, os direitos de segunda geração, direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos de terceira geração, consagra o princípio da solidariedade, que constitui um momento no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimentos dos direitos humanos. Veja-se que a doutrina, apoiada na jurisprudência e legislação, contemporaneamente reconhece que o meio ambiente deve ser tutelado de forma a não se tornar inapto à vida. Aliás, é de preocupação geral que o meio ambiente seja amplamente protegido, a fim de que o coletivo seja beneficiado.

Num mundo de abundância e de desigualdades crescentes, a pobreza é não só um propiciador de violações dos direitos humanos, mas é, ela própria, uma violação dos direitos humanos. Nesse sentido, parece consensual que a agenda pós-2015 terá de ser centrada nas pessoas, nas suas aspirações e nos seus direitos reconhecidos internacionalmente, ONU Agenda Pós-2015.

Assim, destacamos o direito de obter um ambiente equilibrado, é um dos pilares para um desenvolvimento sustentável, juntamente com a Responsabilidade Social, sendo um tema bastante discutido como um direito fundamental importante.

Assegurar uma qualidade de vida melhor para as futuras gerações, necessita que os indivíduos precisam saber os seus direitos e suas obrigações, e nesse sentido, a educação se torna fundamental, porém, os desafios educacionais devem implementar ações para que os homens busquem um entendimento crítico, visando a compreensão do

---

<sup>6</sup> Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

seu perfil perante a si próprio e ao planeta. Para Jonas<sup>7</sup> o ser humano deve agir com responsabilidade, visando um comprometimento de não colocar em perigo a continuidade da humanidade no planeta Terra. Este raciocínio é amplo, serve tanto para os indivíduos como para as organizações, que deve ter uma responsabilidade para atingir um objetivo comum para melhorar o seu próprio ambiente, e também, se preocupar com bem-estar das pessoas que fazem parte do seu dia a dia, ou seja, esse raciocínio leva o entendimento sobre a responsabilidade social. Para Jonas o desenvolvimento sustentável deve ter o compromisso para atender as necessidades presentes, mas sem comprometer as gerações futuras. Isso significa, que devemos ter a responsabilidade em se preocupar com os impactos ao meio ambiente natural e social, que segundo o relatório de Brundtland de 1987, deve ser um processo de transformação consciente para se atingir o desenvolvimento sustentável.

Sendo assim, a limitação dos recursos ambientais que vem na contramão da ganancia e do descaso, diante da revolução dos meios de produção e progressos tecnológicos agregados a degradação do meio ambiente, exige um processo de transformação e harmonização da exploração de recursos, primando por um crescimento econômico racional e eficiente, baseado em novos parâmetros econômicos, culturais e de valores em todo mundo, criando fontes alternativas para se atingir um novo desenvolvimento, tendo a consciência que não deve esgotar os recursos naturais com responsabilidade social.

Veja-se que a doutrina, apoiada na jurisprudência e legislação, contemporaneamente reconhece que o meio ambiente deve ser tutelado de forma a não se tornar inapto à vida. Aliás, é de preocupação geral que o meio ambiente seja amplamente protegido, a fim de que o coletivo seja beneficiado. Esta parece ser a tendência das recomendações para a agenda global para o pós-2015.

No Brasil, entre 1990 e 2012, a diferença dos 20% mais pobres com os 20% mais ricos era de 30 vezes e agora caiu para 17. Porém, hoje os 20% mais ricos controlam 57,1% da renda nacional, bem acima dos padrões internacionais. A desigualdade social deve ser colocada como meio e fim estratégico da Agenda Pós-2015. Em tempo de profundas mudanças climáticas que estão trazendo enormes consequências econômicas, sociais e ambientais, é mais do que necessário, é imprescindível, repensar o modelo de produção e consumo vigente.

---

<sup>7</sup> Jonas, Hans. *O princípio responsabilidade*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

O planeta não suporta mais o uso intensivo dos recursos naturais insustentáveis. Os ODS precisam indicar concretamente o caminho em direção a um modelo de desenvolvimento sustentável, partindo dos consensos estabelecidos entre os países na Conferência pelo Desenvolvimento Sustentável ocorrida em 2012 na Rio+20.

Face à crise econômica e financeira de 2008, os fatores domésticos deverão ter forte influência na agenda prioritária dos países desenvolvidos. Portanto, somente uma forte articulação global da sociedade civil poderá ter efeito interno adicional em cada país para que os governos assumam compromissos globais. A Conferência Rio+20 demonstrou o forte poder de influência da sociedade civil para atingir uma responsabilidade social com indicadores que reduzam as desigualdades sociais e a promoção da igualdade entre gêneros e racial.

Temos 17 objetivos e 169 metas sobre questões de desenvolvimento sustentável que irão pautar a nova agenda de desenvolvimento das Nações Unidas. Um dos objetivos se refere aos meios de implementação e financiamento da sustentabilidade. Já os outros 16 objetivos são temáticos, e procuram aumentar a ambição dos ODM (pobreza, saúde, educação, gênero) e promover a sustentabilidade econômica (crescimento inclusivo, empregos e infraestrutura) e a sustentabilidade ambiental (mudança do clima, oceanos e ecossistemas, consumo e produção sustentável). Tudo isso aliado às sociedades pacíficas e inclusivas (agenda de governança, estado de direito, violência). Evidencia-se assim, a necessidade de continuarmos pautados em eliminar a pobreza e aumentar a qualidade educacional.

#### **4. Responsabilidade Social, Educação e Cultura.**

As mudanças que a sociedade vem enfrentando nos últimos anos exige um novo posicionamento das empresas em relação ao aspecto social, no cenário atual, os empresários vêm buscando participações em projetos sociais. Atualmente as pessoas estão cada vez mais informadas, e os impactos ambientais e outros aspectos relacionados à responsabilidade social tais como, trabalho infantil, trabalho forçado, saúde e segurança, começaram a pesar na decisão de compra dos consumidores.

A partir desta consciência, torna-se clara a escolha de bens e serviços provenientes de empresas que atuam de fato na preservação do meio ambiente e na utilização sustentável dos recursos naturais. As empresas têm mais responsabilidades e focam as suas atitudes no bem-estar da sociedade e o lucro gerado garantam o cumprimento de sua função social.

Com base na Antropologia, a cultura é um conjunto de mecanismo simbólico, que visa identificar comportamentos e aprendizados que se interagem entre os homens e o seu meio ambiente na construção de sua identidade, construindo os seus valores, normas Geertz<sup>8</sup>. Os laços de convivência são criados a partir da construção do nosso eu, permitindo elaborar sentidos e meios para refletirmos sobre os nossos pensamentos e a complexidade humana. Nesse sentido, a cultura possibilita o desenvolvimento de cidadania dos indivíduos e do contexto político e social, como uma forma de convivência entre as pessoas.

A cultura possibilita a construção de uma identidade forte, voltada para o desenvolvimento sustentável, pois interfere nas ações sociais de uma sociedade. Deste modo, se torna imprescindível o investimento em cultura para que sejam mais duradouras, e assim, as Organizações e o Estado têm um papel preponderante na acessibilidade das pessoas em geral aos bens culturais e o entendimento através da educação sobre a sua importância para a sociedade e as suas mais diversas manifestações. E o desafio é ter uma sociedade mais humana, com pessoas compreendendo a realidade em que vivem e criando soluções para redução das desigualdades tendo mais solidariedade.

## **5. Considerações Finais**

A responsabilidade social nos dias atuais está diretamente ligada à razão e a missão das empresas e dos homens, tendo em vista, a atualidade e ao futuro. O papel das empresas é relevante, uma vez que, é a partir dela que verificamos todos os elementos que influenciam e são influenciados diretamente não só pela empresa, mas também pela sociedade e os indivíduos.

O desenvolvimento sustentável não é uma utopia e deve ser encarado como uma estratégia da sociedade do século XXI, como também, empresarial de longo prazo, entendendo que as condições ambientais já estão bastante prejudicadas pelo padrão de desenvolvimento e consumo atual, deste modo, o desenvolvimento sustentável pode ser uma resposta aos anseios da sociedade. Com base neste enfoque, a prevenção e a cooperação internacional entre as nações exige soluções marcadas pela solidariedade das gerações presentes para com as gerações futuras.

A sustentabilidade consiste em encontrar meios de produção, distribuição e consumo dos recursos existentes de forma mais coesiva, economicamente eficaz e

---

<sup>8</sup> Geertz, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

ecologicamente viável, porque a integridade do meio ambiente é um direito típico de terceira geração, fundamentado no processo dos direitos humanos, com o intuito, de que o coletivo seja beneficiado.

**Referencias Bibliográficas:**

- Adams, David. “História dos primórdios da cultura da paz”. [em linha]. *Memórias pessoais*, 2003. < [www.comitepaz.org.br](http://www.comitepaz.org.br) > [14 noviembre 2006].
- Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- Fiori, José Luís. *Os moedeiros falsos*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- Friedman, Thomas L. *O mundo é plano*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- Jonas, Hans. *O princípio responsabilidade*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- Geertz, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- ONU. Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz. [em linha]. < [www.comitepaz.org.br/dec\\_prog\\_1.htm](http://www.comitepaz.org.br/dec_prog_1.htm) > [1 mayo 2004].
- Supremo Tribunal Federal. Julgamento do MS nº 22.164, Rel. Min. Celso de Mello. [em linha]. 30 de noviembre de 1995 < [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1) > [13 enero 20016].



## LOS NUEVOS OBJETIVOS DE LAS NACIONES UNIDAS A QUINCE AÑOS VISTA

### THE NEW OBJECTIVES OF THE UNITED NATIONS FOR NEXT FIFTEEN YEARS

José María Enríquez Sánchez  
*Universidad Nacional de Educación a Distancia*

**Resumen:** El 8 de septiembre de 2000 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaba una resolución mediante la cual se aprobaba un informe en el que se planteaba cuál sería el papel de las Naciones Unidas en el nuevo milenio que recién comenzaba. Se relegó entonces el discurso de los derechos humanos para dar cabida a una nueva política más centrada en la idea de desarrollo y a la cual se adjetivaría la noción de sostenible, pero tergiversando su sentido originario volviendo imposible el cumplimiento de los nuevos objetivos propuestos por las propias Naciones Unidas, y con ello también el de los derechos humanos.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, Objetivos del Milenio, Desarrollo sostenible, Crecimiento económico, Degradación ecosistémica.

**Abstract:** On 8 September 2000, the United Nations General Assembly adopted a resolution on the role of the United Nations in the new millennium. The discourse of the human rights was relegated to accommodate a new politic centered on the idea of development and to which would adjectivate the notion of sustainable, whose distortion further deepening into dislikes that make it impossible to meet the new objectives and with that of the human rights.

**Keywords:** Human Rights, Millennium Development Goals, Sustainable development, Economic growth, Ecosystem degradation.

Aunque existe un *sentido propio* de los derechos humanos, no por ello deja de ser habitual oír en el debate cotidiano todo tipo de discursos vagos en alusión a estos, usándolos poco más que como una apelación persuasiva, emotiva, acaso escandalosa, pero sin un claro referente. Antes bien, su mención suele anunciar cierta consideración personal acerca de un caso o acontecimiento que por perturbador es sentido como injusto, enmarcándose en una tentativa de reproche por esos descuidos y sus efectos, sabedores de que este, el de los derechos humanos, es un *concepto amable* —si se nos permite la expresión— que con facilidad mueve hacia el consenso. De esta manera, usualmente, los derechos humanos son exhortados discursivamente ante situaciones de desgaste, merma, deterioro, abuso o transgresión particularmente grave de los modernos derechos de ciudadanía, los vinculados al principio de la libertad; pero también son invocados en un discurso especialmente sensible ante un agravio del que se tiene noticia

por el escándalo que producen las consecuencias de determinadas desigualdades sociales.

Igualmente, junto a la concepción amable que hemos apuntado, no resulta inusual que se dé también una apelación patética en el juego retórico del que se sirve el lenguaje de lo políticamente correcto, pero sólo de tal forma que las grandes cuestiones sociales que incidentalmente han afectado nuestra sensibilidad se traducen en una mera compostura como única respuesta ante estas injusticias, siendo en ocasiones también la mirada de los demás la que conmina a ello; de modo tal que si así conviene, en un intento de concordar con todos, o cuanto menos el fingir este acuerdo, resulta sencillo aludir a los grandes principios éticos y políticos, esos que suelen escribirse con mayúscula, como Libertad, Igualdad, Justicia... Otras tantas nociones presumiblemente no problemáticas sobre las que parece haberse establecido un consenso tácito que no parece seguirse de modas o caprichos, por lo que siempre presumimos que en todo tiempo y lugar es de esperar que se reciba una misma respuesta en forma de aprobación o reproche por parte de la gente.

Justamente esta importancia concedida al favor público es la que impide también que nadie se exprese abiertamente en contra de esos amplios principios éticos y políticos a los que nos referíamos. Pero sin esas antepuestas mayúsculas, al aplicar estos principios generales a situaciones concretas, es más habitual ver cómo se van introduciendo apostillas que acentúan ya un cierto afán de excepción, precisamente porque ceñidos a un caso determinado es más difícil mantener el compromiso del primer consenso, meramente simulado.

Y así ocurre también con los derechos humanos y su afán de universalidad: quedamos bien al aludirlos en abstracto, máxime cuanto por ello podamos vernos aventajados. Pero cosa distinta es ya comprobar a qué nos obliga realmente este tipo de discurso. Y entonces resulta fácil comprobar cómo aquellas anteriores respuestas empiezan a reemplazarse por otras más rácanas en la extensión de estos principios de los que antes alardeábamos ante el pequeño o nutrido público que nos atendía.

Uno de los motivos de que esto ocurra es que acostumbrados como estamos a querer ser sujetos de excepción, el deber impuesto por la máxima moral con pretensión de universalidad es una carga harto excesiva de sobrellevar. Pero para no ser incoherentes, en nuestro disimulo, fácil es que la apelación a los derechos humanos —así como a cualquier otra máxima ética y política exigente de deber— no se trate más que de una idealización que a nada nos compromete.

En este embrollo al que nos conducen los distintos usos inespecíficos dados al término, no habrá de resultarle chocante al lector que nos refiramos también a un uso instrumental de esta noción de la que, en no pocas ocasiones, nos aprovechamos como una coartada para justificar intervenciones militares que antes parecen atender a propósitos geopolíticos y económicos que a una verdadera defensa de las personas y de sus condiciones de vida. Como se comprueba en el hecho de que los actores poderosos únicamente parecen haberse mostrado caprichosamente interesados en la protección de los derechos humanos (vía injerencia bélica) en regiones donde tienen intereses estratégicos y se han apartado de aquellos otros territorios donde no existen estas recompensas. Solo que como se ampara en este término que reúne una fuerte carga emotiva capaz de suscitar sentimientos afables entre sus destinatarios, aun a sabiendas de esta manipulación, preferimos que, en aras de proteger nuestra conciencia, se arguya que como estos reprimidos no son capaces de alzar el discurso de los derechos humanos como queja enérgica, se torna necesario que sea otro, acaso preponderante, quien lo intente hacer efectivo. Y aunque en esta acción exhibida se diluya ya el principio que lo justificaba, poco importa que esto ocurra pues, urgidos por perentorias exigencias, en ningún momento se ha estado atento a preocupaciones teóricas de fuste, perdiéndose así todo su sentido práctico.

Porque lo que no podemos olvidar es que el de los derechos humanos es, antes que otra cosa, un concepto ético; lo que no obsta para que sea uno de los más usados en la cultura jurídica y política reciente. No en vano se puede decir que tiene esta noción cierto resabio de la idea del derecho natural como freno a la arbitraria voluntad de quienes detentan el poder. Y, por lo mismo, de cierta función reguladora de la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos.

Y es que esta noción, que se nos revela como un ideal común, está fuertemente amarrada al núcleo de lo que considerar una buena convivencia política. De hecho no debiéramos olvidar que este fue uno de los propósitos que dieron origen a la Organización de las Naciones Unidas, que en su carta fundacional —que data nada menos que del 26 de junio de 1945— asentaba en el preámbulo: «Nosotros los Pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la

justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, y con tales finalidades a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos, hemos decidido unir nuestros esfuerzos para realizar estos designios»<sup>1</sup>. Poco de esto se ha cumplido todavía, como muestran numerosos informes sobre el estado de los derechos humanos a nivel mundial. Y si después del tiempo transcurrido no ha ocurrido, es fácil suponer que no vaya a suceder.

Aun así, en nuestros días la comunidad internacional parece felicitar por haber establecido una nueva serie de objetivos a alcanzar a quince años vista: nos referimos a objetivos tales como poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo; poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible; garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades; garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos; lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas; garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos; garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos; promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos; construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación; reducir la desigualdad en y entre los países; lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles; garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles; adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos; conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible; gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad; promover sociedades, justas, pacíficas e inclusivas; y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.

---

<sup>1</sup> Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas*, 24 de octubre de 1945, 1 UNTS XVI, preámbulo.

Presuponiendo que entendamos el sentido de todos estos objetivos —lo que ya es mucho presuponer— lo que los líderes mundiales aprobaron el 25 de septiembre de 2015<sup>2</sup> puede interpretarse también de otro modo: pasado más de medio siglo desde la aprobación de los pactos internacionales para los derechos humanos, su nueva concreción en estos objetivos nos recuerda que después del largo tiempo transcurrido aún hay gente que vive en la miseria, que pasa frío, hambre y sed, que muere a causa de la malnutrición y de la imposibilidad de acceso a agua y alimentos, que no disponen de servicios sanitarios, ni educativos, que en el mundo sigue imperando la discriminación y la desigualdad, que la brecha entre ricos y pobres es cada vez mayor, mientras que las posibilidades de acceder a un empleo son cada vez menores. Y esto no sólo en los países que solemos caracterizar como subdesarrollados, sino que cada vez se evidencia más en esos otros que por comparación nos gusta describir como avanzados, pero que en realidad están sufriendo un progresivo retroceso.

Y esto a pesar de que a comienzos de este siglo, concretamente el 8 de septiembre de 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas había adoptado una Resolución (55/2), mediante la cual se aprobaba un informe titulado “Nosotros, los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI”. En dicho Informe —comúnmente conocido como “Declaración del Milenio”— se planteaba cuál sería el papel de las Naciones Unidas en el nuevo milenio que recién comenzaba: fueron los llamados Objetivos del Milenio<sup>3</sup>, quince años después ampliados de ocho a diecisiete. Otra muestra más de que el mundo no va a mejor.

Y es que actualmente aún se cuentan por millones las personas que viven en la pobreza extrema, millones los que no disponen de alimentos suficientes para llevar una vida saludable, millones los que no disponen de acceso a agua potable o fuentes seguras de energía, millones los que mueren prematuramente, millones los que siguen sin escolarizar y los que no tienen un nivel mínimo de alfabetización, millones los desempleados y otros tantos los que carecen de empleos estables y bien remunerados, millones sin hogar y más aún los que malviven en los suburbios de las grandes ciudades sin acceso a las infraestructuras y servicios básicos. Los datos y sus muestras gráficas están ahí para quien quiera verlas y nada parece indicar que esta dinámica cambie en los

---

<sup>2</sup> Resolución A 70-L1, que incluye el documento final del programa “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para un mundo sostenible”, compuesta por 17 objetivos y 169 metas de carácter integrado e indivisible, y comúnmente conocidas como “Objetivos de Desarrollo Sostenible” (ODS).

<sup>3</sup> A/54/2000, *Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI*, parte VII, Los temas que habrá de examinarse en la Cumbre, § 364.

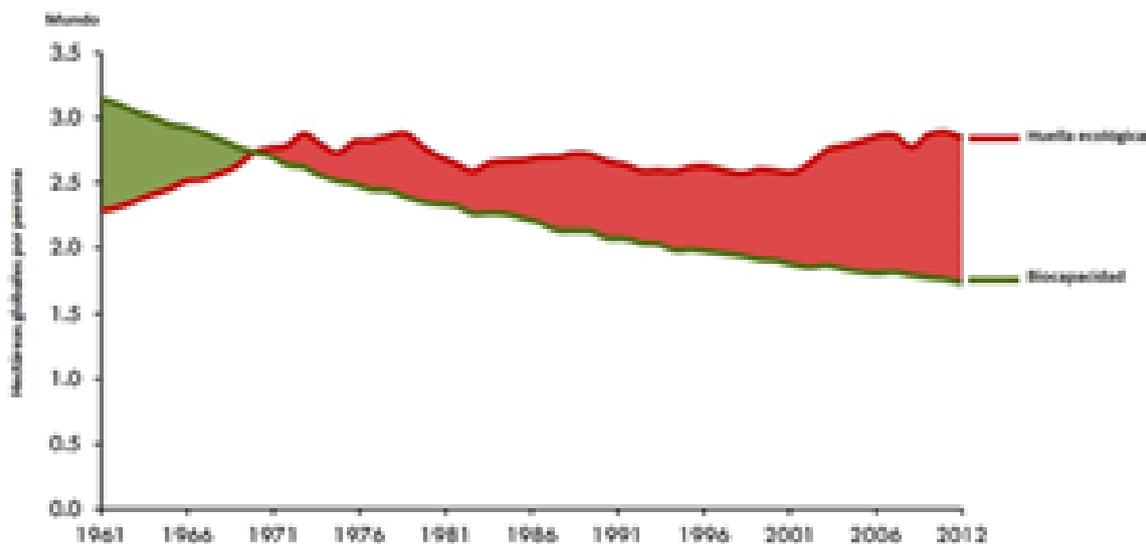
próximos quince años. Antes bien, la degradación ecosistémica, de la que se lleva hablando al menos tanto como de los pactos de los derechos humanos, es nuestra amenaza global más cierta<sup>4</sup>.

Ante este gravísimo deterioro de nuestras circunstancias, de las cuales dependemos, todo el sistema social se verá irremisiblemente dañado, incluido nuestro sistema de valores y garantías de derechos. Es decir, aumentará el hambre y la sed, y con ello los desplazados y las represiones, internas y externas. Y esto es algo que no se podrá variar por más que se invoque reiteradamente la expresión “desarrollo sostenible”.

La explicación en la que pretendemos apoyar la anterior afirmación es más simple de lo que pareciera: no sólo no se ha cumplido con los propósitos del desarrollo reiterados desde la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas (y recordados en 1966 en los preámbulos de los dos pactos internacionales de los derechos humanos), sino que el tipo de desarrollo que se ha insistido en implantar desde entonces no ha hecho más que aumentar los malos datos al respecto, también en lo relativo a lo ecológico, topándose con límites por prudencia irrebables y aun así hace tiempo superados:

---

<sup>4</sup> Se remonta nada menos que al año 1972 la primera gran Conferencia de las Naciones Unidas sobre cuestiones medioambientales, que, reunida en Estocolmo, se encareció a los gobiernos y a los pueblos a que aunaran sus esfuerzos para preservar y mejorar el medio humano en beneficio del hombre y de su posteridad, y presentara recomendaciones al respecto (sobre la ordenación, evaluación y revisión del medio, investigación, vigilancia, intercambio de información, asistencia financiera, educación, capacitación e información pública) (A/CONF.48/14/Rev.1, primera parte, capítulo II, B). No se volvería a celebrar una reunión de estas características hasta dos décadas más tarde. Sin embargo, a diferencia de aquella otra, tras este tiempo transcurrido las pruebas aportadas por el primer Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (que quedó terminado en agosto de 1990 y que sirvió de base para la negociación de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático) mostraba no sólo un preocupante empeoramiento del sistema climático sino, de seguir al mismo ritmo la producción de gases de efecto invernadero, unas previsiones aún peores para la salud de los sistemas ecológicos terrestres y acuáticos, vitales para el desarrollo y bienestar de las personas. Con todos estos datos, los Estados Partes entonces reunidos elaboraron un documento declarativo final (compuesto por veintisiete principios en los que se concretaban los derechos y responsabilidades), y un plan de acción mundial para promover el desarrollo sostenible llamado Programa 21. Las resoluciones de la entonces conocida como Cumbre de la Tierra, que también dio origen a la creación de la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible, se publicaron en tres volúmenes (A/CONF.151/26/Rev.1): las resoluciones adoptadas por la Conferencia (Vol. I + Corr.1), las Actas de la Conferencia (Vol. II) y las declaraciones formuladas por los Jefes de Estado o de gobierno en el segmento de la Cumbre de la Conferencia (Vol. III + Corr.1). También se alcanzaron otros acuerdos como la Declaración de Principios Forestales (nombre informal dado a la Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo), y la apertura a firma de dos tratados multilaterales: la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC, que fue adoptada en New York el 9 de mayo de 1992 y entró en vigor el 21 de marzo de 1994) y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB, en vigor desde el 29 de diciembre de 1993).



Desde aquí<sup>5</sup>, la insistencia en el crecimiento económico es la mayor atrocidad que se sigue cometiendo, y todo bajo el manto de la “sostenibilidad”, otro de esos conceptos amables que de un tiempo a esta parte parece haber despertado las simpatías de todos, o al menos de una gran mayoría desatenta a lo que de verdad esta idea supone unida a la noción de desarrollo y las derivadas contradicciones en las que encuentra instalada precisamente por haber abandonado su sentido originario. Aquella cuya preocupación —expresada por UICN/PNUMA/WWF— era la de “hacer frente a la realidad de lo limitado que son los recursos y la capacidad de los ecosistemas para respaldar la vida de la presente y las futuras generaciones”<sup>6</sup>. Y que sólo unos pocos años después trocó en la imprecisa idea de “asegurar que se satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias” —recogida en el Informe Brundtland<sup>7</sup>— y que en nuestros días se ha equiparado a “crecimiento económico sostenido”<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Además de la muestra gráfica aportada por el Global Footprint Network, puede también consultarse a este respecto el último Índice Planeta Vivo, el *Global Environment Outlook-5* (GEO-5), la actual Evaluación de los Ecosistemas del Milenio (EM) o el concluyente informe realizado por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, entre otros.

<sup>6</sup> UICN/PNUMA/WWF, *Estrategia Mundial para la Conservación de la Naturaleza. La conservación de los recursos vivos para el logro de un desarrollo sostenido*, Gland, Suiza, 1980, capítulo 1, §§ 2-4.

<sup>7</sup> Documento A/42/427, Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, De una Tierra un Mundo: Recapitulación de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, I. El desafío mundial, 3. El desarrollo duradero, § 27. Reiterado, casi literalmente, en Documento A/42/427, Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, capítulo 1, Un futuro amenazado, II. Nuevos enfoques para el medio ambiente y el desarrollo, § 49. Y también en Documento A/42/427, Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, capítulo 2, Hacia un desarrollo duradero, § 1 y ss.

<sup>8</sup> Naciones Unidas, *El futuro que queremos* (A/RES/66/288), I, §§ 2-6 y Resolución A/70/L.1, § 59 (objetivo 8.1).

Diremos, tras lo expuesto, que no son lógicas distintas las que mueven unos y otros propósitos sino contrapuestas, y que en tanto que solo esta última (la que equipara progreso con crecimiento económico) ha sido la predominante desde la formación de las Naciones Unidas y todos sus planes de desarrollo hasta la fecha, parece imposible que vaya a producirse un cambio significativo en la política internacional, como actualmente se comprueba en la multitud de programas para el fomento de esta idea del desarrollo sostenible, desbancando cualesquiera otros discursos alternativos promovidos por buena parte de la sociedad civil más atenta a estos contrasentidos entre los que se mueve la comunidad internacional.

Cierto que no podemos entrar en pormenores respecto de estos planes de desarrollo que se llevan realizando desde que el 19 de diciembre de 1961, con ocasión de la 1084a sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se pusiera en marcha el primer Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo<sup>9</sup>, al que le con las sucesivas críticas se le han ido añadiendo decenio tras decenio toda suerte de adjetivaciones (como las de “autocentrado”, “endógeno”, “participativo”, “comunitario”, “social”, “local”, “integrado”, “auténtico”, “autónomo”, “popular”, “humano”, “equitativo”...), dirigidas —afirma Serge Latouche— «a introducir un poco de ensueño en la dura realidad del crecimiento económico»<sup>10</sup>.

Por eso, concluimos, hasta que no demos cabida a una seria crítica del desarrollismo (y de su lógica crematística no-natural) no haremos más que contribuir a un vacuo juego retórico como el que domina hoy con el uso de la expresión “desarrollo sostenible” y cuanto a ello está vinculado, incluido el del cumplimiento de los derechos humanos (no tanto de los primeros declarados como de los posteriores pactados).

### Referencias Bibliográficas

- Latouche, Serge. *Decrecimiento y posdesarrollo. El pensamiento creativo contra la economía del absurdo*. Barcelona: Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009.
- Naciones Unidas. Documento A/70/L.1. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Nueva York: Naciones Unidas, 2015.
- Naciones Unidas. Documento A/CONF.199/20. *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible*. Nueva York: Naciones Unidas, 2002.

---

<sup>9</sup> Naciones Unidas, A/RES/1715(XVI).

<sup>10</sup> Serge Latouche, *Decrecimiento y posdesarrollo. El pensamiento creativo contra la economía del absurdo*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, p. 15.

- Naciones Unidas. Documento A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol.1). *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Nueva York: Naciones Unidas, 1992.
- Naciones Unidas. Documento A/42/427. *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, "Nuestro futuro común"*. Nueva York: Naciones Unidas, 1987.
- Naciones Unidas. Documento A/RES/37/7. *Carta Mundial de la Naturaleza*. Nueva York: Naciones Unidas, 1982.
- Naciones Unidas. Documento A/RES/41/128. *Declaración sobre el derecho al desarrollo*. Nueva York: Naciones Unidas, 1986.
- Naciones Unidas. Documento A/CONF.48/14/Rev.1. *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*. Nueva York: Naciones Unidas, 1972.
- Naciones Unidas. Documento A/RES/2626(XXV). *Estrategia Internacional del Desarrollo para el Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. Nueva York: Naciones Unidas, 1971.
- Naciones Unidas. Documento A/RES/1715(XVI). *Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Programa de Cooperación económica internacional*. Nueva York: Naciones Unidas, 1961.
- UICN/PNUMA/WWF. *Cuidar la Tierra. Estrategia para el futuro de la vida*. Gland: UICN, 1991.
- UICN/PNUMA/WWF. *Estrategia Mundial para la Conservación de la Naturaleza. La conservación de los recursos vivos para el logro de un desarrollo sostenido*. Gland; UICN, 1980.



# LOS PROBLEMAS DEL AGUA EN LOS PAÍSES DESARROLLADOS\*

## (THE PROBLEMS OF WATER IN DEVELOPED COUNTRIES)

Jesús Piñuela Martín

**Resumen:** El 28 de julio de 2010 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, tras muchas inclusiones tangenciales u ocasionales de referencias a dicho derecho en diversos instrumentos internacionales, la Resolución 64/292 que establecía de forma explícita el derecho humano al agua y al saneamiento. Este trabajoso logro, que contó con la oposición de algunos países, como los EE.UU, se vio empañado por los intentos de los gestores políticos para resolver la carencia de recursos financieros para efectuar las obras que aseguren la disponibilidad, control de calidad y depuración del preciado líquido, cuando se les conmina a ello, cuando no para lucrarse, privatizando su canalización, control y distribución y por los intentos empresariales de acumular cuantiosos beneficios aprovechando esta circunstancia, lo que añade a las dificultades para resolver las carencias, en zonas de estrés hídrico, el riesgo de que las soluciones buscadas provoquen su encarecimiento y el de una distribución aún más desigual que la ya existente. Las corporaciones multinacionales, a veces a golpe de sobornos y comisiones, otras utilizando sus redes de relaciones e influencias, están recibiendo concesiones alarmantes de explotación y gestión del agua o logrando autorizaciones para efectuar grandes construcciones o conductos con el fin de proporcionar su abastecimiento oneroso a ciertas poblaciones, con el beneplácito y apoyo del Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio. La sociedad civil comienza a movilizarse también contra las prácticas de mercantilización. En fechas recientes, tras una masiva recogida de firmas para presentar a la UE una petición - denominada "Iniciativa Ciudadana Europea" (ICE), esta ICE logró que la Comisión de Medio Ambiente del Parlamento Europeo respaldase la gestión pública del agua, reconociendo que su condición de derecho humano así lo requería (RIGHT2WATER).

**Palabras Clave:** Derecho Humano al Agua / Resolución 64/292 / Iniciativa Ciudadana Europea (ICE) / Resolución del Parlamento Europeo, 8 de septiembre, 2015.

**Abstract:** On 28 July 2010, through the resolution 64/292 the United Nations General Assembly explicitly recognized the human right to water and sanitation and acknowledged that clean drinking water and sanitation are essential to the realization of human rights. This laborious milestone that dealt with the opposition of some countries, such as the United States, seen as reluctant to accept the proposals of the managing politicians in resolving the lack of financial resources to make possible the work that will assure it availability, quality control the purification of this precious liquid, when obligated without lucrative motive, privatization of its installation, control and distribution and by the attempts of certain enterprises to accumulate numerous benefits by taking advantage of the circumstances, which adds to the difficulties in resolving its shortage, in areas of water distress, risking finding solution provokes continued shortages and even more inequality in its distribution then already exists. The multinational corporations, sometimes inclined to bribes and commissions, using their social networks and influence, are receiving alarming concessions of water management exploitation and achieving authorizations for large scale construction and with the aim of providing and conducting ways for making its supply laborious to certain populations, with the goodwill and support of the World Bank and the World Trade Organization. The citizens begin to

---

\* En agradecimiento a la profesora Esther Martínez Quinteiro cuya dirección y ayuda fue clave para la conclusión de mi tesis doctoral sobre el Derecho Humano al Agua.

mobilize themselves also against the commercial practices. Recently, after the massive collection of signatures to present a petition to the EU—named the “European Citizens Initiative (ECI)” this ECI managed to achieve that the European Parliament Committee on Environment, Public Health and Food Safety supports the public management of water, recognizing that it is a condition of human rights to require water (RIGHT2WATER).

**Keywords:** Human Rights to Water / Resolution 64/292 / European Citizens’ Initiative (ECI) / Resolution of the European Parliament, September 8, 2015.

## 1. El problema del agua en el mundo

Las evidencias científicas ponen de manifiesto que sin duda la especie humana es la que más ha alterado el ciclo del agua. La captación para ciudades, terrenos agrícolas e industrias, o su uso para refrigeración de las centrales térmicas o nucleares, ha cambiado el ciclo del agua tanto cuantitativa como cualitativamente. Cauces de ríos antes llenos de agua y vida son ahora cuencas semivacías.

La Comisión Europea, a través de su Dirección General de Ciencia, Investigación y Desarrollo añade dos problemas que atañen al agua como recurso natural limitado: su escasez a escala planetaria y la contaminación que la misma sufre.

Respecto de su escasez se puede destacar que, mientras la población mundial se ha triplicado durante este siglo, el consumo de agua se ha sextuplicado. Desde 1970 la cantidad de agua disponible por persona ha disminuido en un 40% y dos de cada cinco habitantes del planeta padecen problemas de abastecimiento. En Europa una tercera parte del continente no alcanza el umbral de los 5.000 metros cúbicos anuales por habitante, no sólo en las regiones mediterráneas, sino también en algunos países del Norte, muy poblados e industrializados<sup>1</sup>.

Si bien estos datos son preocupantes otro dato añade dramatismo a la situación, la desigual capacidad de almacenamiento de agua. Estados Unidos y Australia tienen 100 veces más capacidad de almacenamiento por habitante que Etiopía, que lo necesita mucho más. Otro hecho preocupante es el diferente desarrollo de la energía hídrica: en Europa y América del Norte, se ha desarrollado el 70% de este potencial, en Asia solamente el 30%; en África –donde el 40% de la población tiene un acceso inadecuado al agua y al saneamiento- únicamente el 3% del agua renovable se extrae para consumo humano, solamente el 6% de su tierra se irriga y tan sólo un 5% de su potencial de energía hídrica se aprovecha.

---

<sup>1</sup> Comisión Europea: *El agua: un recurso vital en peligro*. Luxemburgo: Dirección General de Ciencia, Investigación y Desarrollo, 2000.

Aproximadamente 4000 millones de casos de diarrea al año provocan 2,2 millones de defunciones, principalmente entre niños menores de cinco años. Esto equivale a la muerte de un niño cada 15 segundos, o a 20 grandes aviones que se estrellasen cada día. Esas defunciones representan aproximadamente el 15% de todas las defunciones de menores de cinco años en los países en desarrollo<sup>2</sup>.

Los efectos del cambio climático se dejan sentir, no solamente en los países en desarrollo, sino también en los países industrializados. La agudización del cambio climático va a afectar a todos los aspectos del suministro de agua, tanto el agrícola como el urbano. A esta situación debe añadirse que el agua sufre una mala gestión en la mayoría de los países. Es urgente adoptar medidas para mejorar la explotación de los recursos hídricos<sup>3</sup>.

En muchos países, cuyos ciudadanos tienen acceso al saneamiento no contemplan, sin embargo, el tratamiento de las aguas residuales ni la eliminación o reutilización del agua residual procedente de los hogares o de las instalaciones de saneamiento; el agua residual sencillamente se devuelve a las masas de agua o al suelo sin someterla previamente a tratamiento alguno.

La Experta Independiente del agua añade al principio de equidad el criterio de accesibilidad (Informe A/HRC/15/31/Add.1). En muchos lugares del mundo los más pobres pagan más por los servicios de agua y saneamiento, por no estar conectados a las redes públicas que facilitan tales servicios, viéndose obligados a comprar agua a proveedores privados no oficiales, quienes cobran 10 o 20 veces más que los proveedores públicos. Dado que el agua y el saneamiento son básicos para la supervivencia, el dinero adicional pagado para obtener el acceso es a expensas del ejercicio de otros derechos, incluso en muchas ocasiones el acceso al agua y al saneamiento resulta inaccesible. En las zonas rurales este problema se ve agravado ya

---

<sup>2</sup> FAO. *El agua y la seguridad alimentaria* [en línea], 22 de octubre de 2014. <[http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/food\\_security.shtml](http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/food_security.shtml)> [6 junio 2016]. “Hay suficiente agua disponible para las necesidades futuras globales, pero este escenario esconde enormes áreas de absoluta escasez de agua que afecta a miles de millones de personas, muchas de las cuales son pobres y desfavorecidas”.

<sup>3</sup> Figueres, Christina. *Discurso de la Secretaria Ejecutiva de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* [en línea]. Nueva York, 20 de septiembre de 2010. <[http://www.cinu.mx/minisitio/cop16/conferencias\\_y\\_declaraciones/](http://www.cinu.mx/minisitio/cop16/conferencias_y_declaraciones/)> [12 septiembre 2016].

que la lejanía y las grandes distancias entre hogares tienen importantes consecuencias para la salud de las personas<sup>4</sup>.

## 2. La situación del agua en los países desarrollados

### 2.1. Los problemas del agua en Europa

Terminada la Segunda Guerra Mundial los países más industrializados comenzaron a sufrir seriamente las consecuencias de la contaminación de sus aguas y en los años 50, cuando el problema se generalizó, empezaron a negociarse en Europa acuerdos para la protección de determinados ríos, canales y lagos frente a la contaminación, tales como el Danubio, Rhin, Ródano, Sarre, lago Constanza etc.

Después de refrendar Naciones Unidas, en 1966, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 6 de mayo de 1968 fue aprobada solemnemente en Estrasburgo la *Carta Europea del Agua* del Consejo de Europa. Se trata de un texto emblemático dirigido a la conservación de este elemento fundamental para la vida, que durante muchos años constituyó la referencia necesaria en materia de protección de recursos hídricos. La Carta Europea del Agua fue adoptada en los albores de la “Era ecológica”, consagrando unos principios fundamentales y estableciendo una serie de obligaciones básicas. Entre los primeros se puede citar el reconocimiento del agua como un recurso agotable cuya calidad es necesario preservar o como un patrimonio común que exige de la cooperación internacional para su gestión. En cuanto a las obligaciones, unas incumben a todos, como la relativa a la necesidad de preservarla y no desperdiciarla, mientras que otras van dirigidas especialmente a las autoridades: Obligación de inventariar los recursos hídricos, de establecer planes para su gestión, de proteger la cobertura vegetal, etc.

La Carta del Agua de 1968 recogió una serie de principios que, en su conjunto, responden a las preocupaciones del momento en que fueron adoptados, es decir, fundamentalmente a los problemas que planteaba la contaminación. Con posterioridad a 1968 se produjeron numerosos cambios en relación a la protección del medio ambiente y de los recursos sostenibles. Entre las muchas reelaboraciones teóricas sobre la protección del medio ambiente y de los recursos sostenibles, la más importante fue seguramente la aparición y desarrollo del concepto de *Desarrollo Sostenible*. Como

---

<sup>4</sup> Alburquerque, Catarina de. *Informe sobre la marcha de los trabajos de recopilación de buenas prácticas* Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos

consecuencia del mismo, la problemática del agua también evolucionó. En estos años adquirieron mayor magnitud problemas que ya existían con anterioridad y aparecieron otros nuevos, sobre todo, la contaminación dejó de ser la principal preocupación, ocupando su lugar el agotamiento de los recursos hídricos como consecuencia del aumento de la población mundial, de la mejora del nivel de vida y del desarrollo de la industria y de la agricultura. Todo ello llevó definitivamente a estimar que el agua era un recurso natural en peligro y a convertirla además en un recurso básico cuando hasta entonces se había considerado como un elemento de la naturaleza, que libremente se encontraba al alcance de todos. No es casualidad que la nueva carta ya no se denomine “Carta del Agua”, sino de los “Recursos Hídricos”<sup>5</sup>.

A escala europea la industria consume el 54% del agua, la agricultura el 26% y los usos domésticos un 20%, pero dicha Tasa puede variar de forma sensible entre países. La presión ejercida por una demanda creciente de agua provoca una sobreexplotación de las reservas locales en numerosas regiones.

Otros de los problemas destacados por la Comisión Europea es el de la contaminación del agua. En Europa, por ejemplo, la contaminación, ya sea industrial, agrícola o doméstica no ha dejado de degradar la calidad del agua. Dichos impactos comportan graves desequilibrios ambientales en el seno de los ecosistemas y constituyen una amenaza directa para la salud pública<sup>6</sup>.

A la altura de 1970 las dimensiones globales de los problemas derivados de una explotación descontrolada de los recursos naturales eran cada vez más evidentes. Al mismo tiempo, en la Comunidad Europea, preocupaba el alcance, cada vez mayor, de la contaminación y, en particular, la del agua. Así es como en el ámbito europeo se observa la necesidad de conjugar la protección medioambiental con el crecimiento económico.

A pesar de haberse registrado una disminución del empleo de pesticidas y de fertilizantes en la agricultura, su concentración no es menor en las aguas subterráneas, a

---

relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque. Adición: Documento A/HRC/15/31/Add.1. 1 de julio de 2010. Párrs. 33 y 34.

<sup>5</sup> Herrero De La Fuente, Alberto A. "El Derecho al agua en el orden internacional". En Caflisch, Lucius *et al.* (coords.). *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*. Madrid: Edit Univ. Complutense. Facultad de Derecho, 2005, pp. 385 - 401.

<sup>6</sup> FAO. *El agua y la seguridad alimentaria* [en línea], 22 de octubre de 2014. <[http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/food\\_security.shtml](http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/food_security.shtml)> [6 junio 2016] “La huella hídrica: Todas las actividades humanas utilizan agua, para beber, cocinar, lavar, pero sobre todo para producir

causa del plazo a menudo muy largo de infiltración de los contaminantes hasta las capas freáticas. Esta situación es tanto más preocupante cuanto que estas últimas constituyen la reserva de dos terceras partes de la población europea y su rehabilitación, en caso de graves daños, costaría décadas. Asimismo, las aguas utilizadas de origen industrial o urbano contribuyen a las tasas excesivas de fosfatos o de otros compuestos orgánicos causantes de la eutrofización de las aguas superficiales. A pesar de las numerosas directivas europeas que han permitido reducir la contaminación, su nivel es todavía elevado en numerosas zonas.

La preocupación de la Unión Europea por los problemas derivados de la gestión del agua llevará a que el Parlamento Europeo reconozca en el año 2003 el Derecho al Agua y, posteriormente, a que España y Alemania, como representantes de esta organización promoviesen en Naciones Unidas el nombramiento de un Experto Independiente sobre el Agua, recayendo el cargo en Caterina de Albuquerque, posteriormente designada como Relatora Especial de este Derecho. Aunque su labor se ha mostrado esencial para concretar el conjunto de derechos y obligaciones que conforman del Derecho al Agua, mantuvo un discurso que justificaba la privatización de la gestión del agua, protegiendo los intereses de grandes multinacionales en el sector. En relación a esta última cuestión, la sociedad civil europea, consciente del problema del agua desde la década de los sesenta, se movilizó recientemente, durante el año 2013, a través de la denominada “Iniciativa Ciudadana Europea”, en la que se instaba al Parlamento Europeo a respaldar la gestión pública del agua al considerarlo un bien que debe estar fuera de cualquier tipo de mercantilización y, por tanto, fuera de cualquier modelo de liberalización<sup>2</sup>. Dicha Iniciativa, que logró casi un millón novecientas mil firmas, consiguió una Resolución trascendental del Parlamento Europeo en la que se reconoció que el acceso universal al agua en la Unión Europea de los veintiocho está aún lejos de lograrse cuando un millón de personas sigue sin tener acceso a agua limpia y potable y el 2% de la población carece de acceso a instalaciones de saneamiento<sup>7</sup>.

---

alimentos, papel, el vestido, etc. La huella hídrica es una forma de medir nuestro consumo directo e indirecto de agua.”

<sup>7</sup> Unión Europea. *Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre el seguimiento de la Iniciativa Ciudadana Europea Right2Water* [en línea], 8 de septiembre de 2015.

## 2.2. La crisis del Agua en Estados Unidos

Cuando la Organización de las Naciones Unidas (ONU) intenta resolver una crisis de agua o saneamiento, por lo general el problema se ubica en zonas marginales y aldeas remotas en África, Asia o América Latina y el Caribe.

Pero la grave crisis hídrica que atraviesa la ciudad de Detroit, en el noreste de Estados Unidos, generó el reclamo de varias organizaciones no gubernamentales (ONG) y activistas para que la ONU intervenga en este país, uno de los más ricos del mundo.

Maude Barlow, fundadora del Proyecto Planeta Azul, una organización con sede en Canadá que defiende el acceso al agua como un Derecho Humano, fue sumamente crítica con esta situación al afirmar que no había precedentes de la misma.

Tras su visita a Detroit y el contacto con la ONG Detroit People's Water Board manifestaba su preocupación porque los cortes de agua afectaban a cientos de miles de personas, en su mayoría afroestadounidenses, en una ciudad cuya zona metropolitana tiene 4,3 millones de habitantes. Familias con niños, adultos mayores y enfermos no pueden bañarse, descargar el agua en sus inodoros ni cocinar en sus propias casas<sup>8</sup>.

Barlow, asesora en la materia del presidente de la Asamblea General de la ONU en el bienio 2008-2009, sostenía que, “esta es la peor violación del Derecho Humano al Agua que he visto fuera de los barrios marginales en los países más pobres de los Estados fallidos del Sur en desarrollo”.

En marzo, el Departamento de Agua y Alcantarillado de Detroit (DWSD, por sus siglas en inglés) anunció que cortaría el servicio de 1.500 a 3.000 clientes por semana si no pagaban sus facturas. En junio de 2016 el Concejo Municipal aprobó un alza de 8,7 por ciento en las tarifas. El desempleo de Detroit, capital del Estado de Michigan, supera a la tasa media en todo el país y la pobreza alcanza a más de 38 por ciento de la población.

Un documento del DWSD indica que más de 80.000 viviendas residenciales – en una ciudad cuyo centro urbano tiene 680.000 personas – están en mora, miles de familias carecen de agua y miles más esperan quedarse sin ella en cualquier momento.

---

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0294+0+DOC+XML+V0//ES>> [27 septiembre 2016].

<sup>8</sup> Deen, Thalif “Cortes de agua en EE.UU violan Derechos Humanos” [en línea]. *Inter Press Service. Agencia de noticia*, 19 de junio de 2014. <<http://www.ipsnoticias.net/2014/06/cortes-de-agua-en-eeuu-violan-derechos-humanos/>> [25 septiembre 2016].

Un grupo de ONG's presentó un informe a Catarina de Albuquerque, la Relatora Especial de la ONU sobre el Derecho Humano al Agua Potable y el Saneamiento, que reclamaba la intervención del organismo mundial para ayudar a restaurar el servicio y detener los cortes futuros.

En un informe conjunto, las organizaciones Detroit People's Water Board, Blue Planet Project, Michigan Welfare Rights Organisation y Food and Water Watch realizaron varias recomendaciones y pidieron al estado de Michigan y al gobierno de Estados Unidos que respeten el Derecho Humano al Agua y el Saneamiento.

El documento también le reclama a la ciudad de Detroit que deje de cortar el agua a sus clientes y que reconecte el servicio a quienes ya se les suprimió.

María Grant, investigadora de Food and Water Watch, una organización con sede en Washington, hizo público en un Informe que la gente suele pensar que Estados Unidos cumplió con todos los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y que brinda acceso universal al agua potable y al saneamiento. Pero como revela la crisis en Detroit, la situación es más compleja y algunas comunidades carecen de estos servicios esenciales, señaló.

Cuando Albuquerque, la relatora especial de la ONU, visitó Estados Unidos en 2013, Food and Water Watch denunció por escrito las violaciones al Derecho al Agua y el Saneamiento que ocurren en todo el país, principalmente en el ámbito rural y entre las personas inmigrantes, las de origen latinoamericano, los indígenas y los sin techo.

Grant señaló que en Detroit y otras ciudades las familias pueden perder el acceso al agua potable y el saneamiento si no pagan las facturas. Los programas de asistencia a las personas de bajos ingresos son insuficientes y no responden a las necesidades de las familias en dificultades, aseguró. También aseguró que las tarifas del agua eran regresivas, por lo que numerosos hogares de bajos ingresos pagaban una cantidad excesiva de dichos ingresos por el servicio, lamentando que las tarifas estuvieran subiendo en todo el país<sup>9</sup>.

Muchos factores impulsan esta situación. La ayuda que el gobierno federal destina a la infraestructura hídrica se redujo más de 75 por ciento desde la década de los 70, los sistemas envejecidos están llegando al final de su vida útil, y las normas de calidad del agua son cada vez más rigurosas a medida que avanzan los conocimientos más sobre los riesgos sanitarios de las sustancias contaminantes.

---

<sup>9</sup> Food and water watch. *Informe "Public Water for All"* [en línea]. <<http://www.foodandwaterwatch.org/campaigns>> [9 agosto 2016].

Las grandes ciudades, en particular, se esfuerzan por mantener y modernizar sus sistemas hídricos sin dejar el servicio fuera del alcance de sus habitantes con menor poder adquisitivo.

La investigación de Food and Water Watch concluyó que las comunidades experimentan mayores aumentos en sus tarifas cuando se privatizan los sistemas hídricos.

Al parecer, con los cortes en el suministro se pretende que el sistema hídrico y de saneamiento sea más atractivo para potenciales inversores privados, según Grant.

En la última década las tarifas del agua de los habitantes de Detroit subieron 119 por ciento. Muchos de los clientes a quienes se les cortó el servicio no recibieron avisos previos.

Ante la situación de bancarrota de la ciudad de Detroit, esta no puede cuidar de su población, luego de años de corrupción y mala gestión, recortes profundos a la infraestructura y la seguridad social.

Años de políticas neoliberales como el libre comercio, la desregulación y la privatización permitieron que la riqueza se desplace desde los suburbios y que los puestos de trabajo se desplacen al extranjero.

Para Barlow Detroit es un ejemplo de lo que nos depara el futuro “si no empezamos a reinvertir en los servicios esenciales, la educación y la atención sanitaria, las comunidades locales y el desarrollo económico sostenible”. Al mismo tiempo consideró un crimen los cortes de agua, por lo que consideraba que en América del Norte se están creando estados fallidos y castigamos a los más vulnerables de nosotros con estas políticas despiadadas del capitalismo salvaje.

En consecuencia, la ciudad experimentó una fuga de capitales y de empresas, mientras los más pobres y los más vulnerables tuvieron que pagar los platos rotos de los servicios públicos esenciales, agregó.

“Las tarifas del agua están por las nubes y la gente no puede pagar. Que Detroit sea nuestro llamado de atención. El presidente Barack Obama debe intervenir”, declaró Barlow.

Otro de los problemas que dificultan la efectividad del Derecho al Agua y por ello de la alimentación se encuentra en el creciente poder de las empresas

transnacionales sobre el abastecimiento de agua, sector que se está liberalizando cada vez más en todo el mundo<sup>10</sup>.

En muchos casos, la participación del sector privado en el abastecimiento de agua se ha convertido en una condición previa para que el FMI y el Banco Mundial concedan préstamos y subvenciones a los países en desarrollo. Sólo tres empresas, Veolia Environnement, anteriormente Vivendi Environnement, Suez Lyonnaise des Eaux y Bechtel (Estados Unidos) controlan la mayoría de las concesiones privadas de todo el mundo. Los datos recientes sobre la privatización del abastecimiento de agua indican que, si bien en algunos casos puede aumentar la eficiencia, a menudo entraña una subida de precios que los más pobres no pueden permitirse. Pese al creciente control que hoy ejercen las empresas transnacionales sobre los sistemas de alimentación y abastecimiento de agua, son todavía relativamente escasos los mecanismos que aseguren el respeto de las normas y la no violación de los Derechos Humanos. Ya en 1996 el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Boutros Boutros-Ghali, señaló que el alcance mundial de las empresas transnacionales no iba acompañado de un sistema mundial coherente de rendición de cuentas.

La insalubridad del agua, según explica, no solo debe temerse en lo relativo a la contaminación por metales pesados, sino también a la contaminación bacteriológica derivada de las numerosas filtraciones que sufren las tuberías, las cuales también pueden terminar en cortes masivos del suministro.

Según datos de la Asociación Estadounidense de Ingenieros Civiles (ASCE, en inglés), Estados Unidos tiene cerca de 170,000 sistemas públicos de agua potable, de los cuales 54,000 son sistemas de agua que sirven a más de 264 millones de personas.

“Algunas tuberías se remontan a la época de la Guerra Civil (1861-1865) y, a menudo, no se examinan hasta que hay un problema o una filtración importante de agua. Estas filtraciones son cada vez más comunes, ya que se estima que hay 240.000 roturas de tuberías de agua por año en Estados Unidos”, agregaba la ASCE.

En los próximos 20 años, la Agencia de Protección Ambiental (EPA) estima que el costo total de la renovación de las tuberías de agua y plantas de tratamiento costará alrededor de 384,000 millones de dólares, aunque la Asociación Estadounidense de Trabajadores del Agua (AWWA, en inglés), sin ánimo de lucro, cree que será mayor.

---

<sup>10</sup> Ziegler, Jean. *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación A/HRC/7/5*, 10 de enero de 2008, Parr. 45 a 53.

Según sus cálculos, tan solo el coste de mantenimiento de los sistemas actuales y las necesidades de una población creciente requerirá cerca de un billón de dólares en los próximos 25 años.

Sin esa financiación, advierte la AWWA, los ciudadanos verán cambios drásticos en sus suministros de agua, incluyendo un mayor riesgo de contaminación por plomo.

En este sentido, esa asociación también alerta de que si las compañías de agua no reciben fondos del Gobierno para arreglar las infraestructuras, esto podría impactar directamente en un incremento del precio del agua con facturas que podrían, incluso, triplicarse<sup>11</sup>.

A la nada halagüeña situación no le ayudan los efectos del cambio climático, que en Estados Unidos está provocando grandes periodos de sequía en ciertos estados, como California, Arizona o Colorado.

### 3. Conclusiones

El problema del agua no se puede circunscribir a determinadas zonas del planeta, si bien es cierto que la situación es especialmente grave en algunas de ellas, sobre todo en el África Subsahariana. El cambio climático, la deficiente gestión del servicio del agua, los efectos derivados de la contaminación de las aguas, las carencias en las infraestructuras también se dejan notar en los países desarrollados.

A estas circunstancias también se añade la tendencia privatizadora de la gestión tanto del servicio de acceso al agua como del saneamiento, la cual viene siendo impulsada por los organismos internacionales desde los años noventa.

En las últimas décadas se ha sostenido la mayor eficiencia de la gestión privada del agua frente a la pública. Un estudio desarrollado por investigadores de la Universidad de Granada en el año 2009 llega a la conclusión contraria. De los resultados obtenidos se puede sostener que la empresa pública es más eficiente que la privada<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> EFE. "La silenciosa crisis del agua en Estados Unidos" [en línea]. *Elmundo.es*, 4 de mayo de 2016. <<http://www.elmundo.es/internacional/2016/05/04/572a1079e2704e1b2f8b45ea.html>> [5 junio 2016].

<sup>12</sup> García Rubio, Miguel Ángel; González Gómez, Francisco; Guardiola, Jorge. *La gestión del servicio de abastecimiento de agua en las ciudades: ¿empresa pública o privada?* [en línea]. Granada: Universidad de Granada, 2009. <<http://hdl.handle.net/10481/29157>> [28 junio 2016].

Los autores del citado estudio concluyen que, acreditada la menor eficiencia en la gestión del servicio de agua de la empresa privada, el cambio normativo que permitió la entrada del sector privado no fue neutral. Otra de las conclusiones del informe es que en España se ha producido una laxitud en la normativa y en los organismos de control de la actividad de las unidades de gestión del servicio urbano de aguas. A pesar de que en España la legislación ha permitido la participación de la empresa privada no existe ningún organismo de control como si ocurre, por ejemplo, en el Reino Unido.

### Referencias Bibliográficas

- Albuquerque, Catarina de. *Informe sobre la marcha de los trabajos de recopilación de buenas prácticas* Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque. Adición: Documento A/HRC/15/31/Add.1. 1 de julio de 2010. Párrs. 33 y 34.
- Comisión Europea. *El agua: un recurso vital en peligro*. Luxemburgo: Dirección General de Ciencia, Investigación y Desarrollo, 2000.
- Deen, Thalif “Cortes de agua en EE.UU violan Derechos Humanos” [en línea]. *Inter Press Service. Agencia de noticia*, 19 de junio de 2014. <<http://www.ipsnoticias.net/2014/06/cortes-de-agua-en-eeuu-violan-derechos-humanos/>> [25 septiembre 2016].
- FAO. *El agua y la seguridad alimentaria* [en línea], 22 de octubre de 2014. <[http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/food\\_security.shtml](http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/food_security.shtml)> [6 junio 2016].
- Food and water watch. *Informe “Public Water for All”* [en línea]. <<http://www.foodandwaterwatch.org/campaigns>> [9 agosto 2016].
- García Rubio, Miguel Ángel; González Gómez, Francisco; Guardiola, Jorge. *La gestión del servicio de abastecimiento de agua en las ciudades: ¿empresa pública o privada?* [en línea]. Granada: Universidad de Granada, 2009. <<http://hdl.handle.net/10481/29157>> [28 junio 2016].
- Figueres, Christina. *Discurso de la Secretaria Ejecutiva de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* [en línea]. Nueva York, 20 de septiembre de 2010. <[http://www.cinu.mx/minisitio/cop16/conferencias\\_y\\_declaraciones/](http://www.cinu.mx/minisitio/cop16/conferencias_y_declaraciones/)> [12 septiembre 2016].

- Herrero De La Fuente, Alberto A. "El Derecho al agua en el orden internacional". En Caflisch, Lucius *et al.* (coords.). *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*. Madrid: Edit Univ. Complutense. Facultad de Derecho, 2005, pp. 385-401.
- EFE. "La silenciosa crisis del agua en Estados Unidos" [en línea]. *Elmundo.es*, 4 de mayo de 2016. <<http://www.elmundo.es/internacional/2016/05/04/572a1079e2704e1b2f8b45ea.html>> [5 junio 2016].
- Unión Europea. *Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre el seguimiento de la Iniciativa Ciudadana Europea Right2Water* [en línea], 8 de septiembre de 2015. <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0294+0+DOC+XML+V0//ES>> [27 septiembre 2016].
- Ziegler, Jean. *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación* A/HRC/7/5, 10 de enero de 2008, Parr. 45 a 53.



## XIII. CIBERSEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS



# **O DIREITO À PRIVACIDADE NAS COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS: COMUNICAÇÕES NÃO SOLICITADAS E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR**

## **THE RIGHT OF PRIVACY IN THE ELECTRONICS COMMUNICATIONS: SPAM AND CONSUMER PROTECTION**

Fernanda Maria Neves Rebelo

*Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal*

**Resumo:** No presente trabalho analisa-se em que medida as novas tecnologias da informação e da comunicação tornaram necessária a imposição de mecanismos legais para a salvaguarda do direito à proteção da privacidade dos destinatários de comunicações publicitárias eletrónicas. A questão é suscitada aqui no confronto direto entre a proclamada “liberdade constitucional de iniciativa económica”, reconhecida aos anunciantes, e o grau de efetividade e de suficiência de tais instrumentos de proteção do direito fundamental ao respeito pela vida privada. O recebimento pelos consumidores de mensagens publicitárias individualizadas difundidas através da Internet pode constituir uma grave perturbação e intromissão na esfera da sua privacidade, afetando a liberdade de decisão na receção dessas comunicações ou mesmo a possibilidade da sua recusa. Conclui-se que, na correlação de forças presente no binómio *marketing* direto/proteção da vida privada, tem vindo a ganhar terreno aos poucos a proteção da privacidade das pessoas singulares e a defesa dos interesses do consumidor, sobretudo perante solicitações persistentes e indesejadas (“spam”); reconhecendo-se embora que as soluções encontradas pela lei são ainda insuficientes para assegurar cabalmente a privacidade dos destinatários, oscilando entre a exigência de consentimento prévio do destinatário e a atribuição de um direito de oposição, em função da natureza dos meios de comunicação utilizados e da qualidade de consumidor do destinatário.

**Palavras chave:** direito à privacidade; comunicações electrónicas; proteção do consumidor, comunicações indesejadas; práticas comerciais desleais.

**Abstract:** This paper examines the extent to which new information and communication technologies have made it necessary to impose legal mechanisms to safeguard the right to privacy protection, in particular, consumers of electronic communications. The issue is raised here in the direct confrontation between the proclaimed "constitutional freedom of economic initiative", recognized to advertisers, and the degree of effectiveness and sufficiency of such instruments of protection of the fundamental right to respect for private life. The practice of spam can constitute a serious intrusion in the sphere of their privacy, affecting the freedom of decision receipt of such communications or even the possibility of their refusal. It is concluded that, in the correlation of forces present in the binomial of direct marketing/ protection of private life, the protection of the privacy of natural persons and the protection of the interests of the consumer has gradually gained ground, especially if in the presence of spam. However it is certain that the legal solutions remain insufficient to fully ensure the privacy right, ranging from the requirement of consumer prior consent to the granting of a right of objection, depending on the nature of the media used and the quality of the person.

**Keywords:** right to privacy; electronics communications; consumer protection, spam; unfair commercial practices.

## 1. Introdução

Na sociedade da informação e em rede a reserva da vida privada vem sendo posta em causa devido à penetração das tecnologias da informação e da comunicação na vida social, económica e política. O direito à privacidade decorre do direito ao respeito pela vida privada<sup>1</sup>, sendo as pessoas singulares as beneficiárias de tal direito. Na situação que aqui analisamos está em causa, em particular, a proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada dos destinatários de comunicações eletrónicas indesejadas<sup>2</sup> e o correspondente dever de não ingerência na sua esfera jurídico-privada<sup>3</sup>, no âmbito das comunicações publicitárias individualizadas ou de *marketing* direto, veiculadas através da Internet para o *e-mail* ou por SMS<sup>4</sup> ou outros meios similares por via eletrónica. Na sua ação promocional, os anunciantes empenham-se em acelerar a procura e estimular o mais possível o consumo de bens e serviços, servindo-se para o efeito das potencialidades da tecnologia avançada. A importância da publicidade para a atividade económica é indiscutível, sendo um fator impulsionador da economia produtiva, mas, a publicidade não pode ser entendida separadamente dos seus destinatários, pois, deve-lhes a sua existência. Assim, no desenvolvimento da atividade publicitária, é exigido acima de tudo aos agentes publicitários (*lato sensu*) que preservem a saúde e a segurança dos destinatários na difusão das mensagens e que cumpram os princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e do respeito pelos direitos dos consumidores<sup>5</sup>. Ao mesmo tempo, não se desconhece que as redes de comunicações eletrónicas comportam um risco acrescido de ingerência injustificada na esfera pessoal dos

---

<sup>1</sup> Sobre o conceito de “vida privada”, ver Marques, José Augusto Sacadura Garcia. “Telecomunicações e protecção de dados”. In Monteiro, António Pinto (dir.). *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, 1999, p. 91; Pinto, Paulo Mota. “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1993, n.º 69, pp. 526 ss.; Rodrigues, José Narciso da Cunha. “Informática e reserva da vida privada”. In Monteiro, António Pinto (coord.). *Comunicação e defesa do consumidor*, Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 1996, p. 290.

<sup>2</sup> O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada constitui um direito fundamental e simultaneamente um direito de personalidade ligado de forma incindível à pessoa. Em especial, sobre os direitos de personalidade do trabalhador potencialmente atingidos pelo uso do correio eletrónico, v. Redinha, Maria Regina, Guimarães, Maria Raquel. “O uso do correio eletrónico no local de trabalho: algumas reflexões”. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*. 2003, pp. 647-671.

<sup>3</sup> Artigo 26.º (reserva da intimidade da vida privada e familiar) e o artigo 27.º (direito à liberdade e à segurança) da Constituição da República Portuguesa de 1976.

<sup>4</sup> A *comunicação eletrónica não solicitada* pode ser definida como a mensagem de correio eletrónico, independentemente do conteúdo e da tecnologia utilizada que, geralmente em grandes quantidades e/ou de forma repetida, é enviada para aparelhos cuja receção não depende de qualquer ato do destinatário e cujo proprietário ou utilizador não teve qualquer contacto prévio com o emissor.

<sup>5</sup> Utilizamos aqui o termo “consumidor” em sentido técnico, conforme se encontra definido no artigo 2.º da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho) para as relações de consumo em geral. No entanto, na contratação a distância, a lei adota um conceito restrito de consumidor que abrange apenas as pessoas singulares, nos termos do artigo 3.º, alínea c), do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro.

utilizadores, na medida em que oferecem possibilidades técnicas adicionais de escuta e vigilância das comunicações que têm lugar nessas redes. E o meio de comunicação utilizado para veicular essa publicidade tende a agravar a situação descrita, podendo ser muito “intrusivo”, especialmente se for feito através de meios de comunicação a distância como, por exemplo, por telefone, fax ou Internet. Este é o paradigma do chamado *marketing direto* que permite a absoluta e total individualização do *target* ou círculo de destinatários e atinge pela via eletrônica a máxima efetividade do esforço da publicidade<sup>6</sup>. Em consequência, tornou-se necessário adotar uma regulamentação especial em matéria de proteção da privacidade que minimizasse os riscos específicos suportados pelos utilizadores dos serviços de comunicações, nomeadamente, entre outros, quanto à utilização das redes para enviar mensagens de *marketing* direto ou *spam*<sup>7</sup>, bem como a instalação de testemunhos de ligação<sup>8</sup>. No entanto, o limite até onde a publicidade pode ou não ser apresentada ao consumidor é difícil de estabelecer perante a garantia constitucional da “liberdade de iniciativa económica privada” e as “liberdades de expressão e informação” reconhecidas aos agentes económicos que operam na atividade publicitária. A problemática é geralmente suscitada a propósito das comunicações difundidas através da Internet e convoca-nos para uma reflexão acerca da posição que, do ponto de vista normativo, é legítimo e necessário adotar. Poderá o legislador simplesmente não intervir para combater ou impedir tais práticas, ancorando-se nas liberdades constitucionais ou, no limite, remetendo para a autorregulamentação? Ou, pelo contrário, caber-lhe-á estabelecer uma proibição absoluta em nome da proteção do direito à privacidade da vida privada e outros direitos? Estas questões serão respondidas adiante neste trabalho. Teremos em conta que, no plano europeu, diversas convenções e iniciativas no campo da proteção da privacidade, relacionadas com as práticas de *marketing* direto, foram adotadas<sup>9</sup>, cabendo mencionar a Diretiva

<sup>6</sup> Tato Plaza, Anxo. "Aspectos Jurídicos de la Publicidad y de las Comunicaciones Comerciales en Internet". In Gómez Segade, José Antonio (Dir). *Comercio Electrónico en Internet*. 2001, p. 189.

<sup>7</sup> As mensagens não solicitadas que, por assim dizer, “invadem” as caixas de correio eletrónico são designadas geralmente por *spam* ou *junk e-mail* (poderá significar: *sending and posting advertising in mass*). A atividade é mundialmente conhecida por *spamming* e os seus autores chamados *spammers*.

<sup>8</sup> Também chamados “cookies”, que são um *software* que monitoriza e regista ações dos utilizadores dos computadores. Para a sua instalação é necessário o consentimento dos utilizadores (*cf.* o artigo 5.º da Diretiva 2002/58/CE, com as alterações introduzidas pela Diretiva 2009/136/CE).

<sup>9</sup> O “direito à privacidade” (*right to privacy*) desenvolveu-se originalmente na jurisprudência e na doutrina dos EUA, mas foi na Europa que surgiram os principais conjuntos normativos de carácter nacional e multinacional. Por exemplo: a *Carta de Proteção do Consumidor* (1973); e a “Convenção 108” para a Proteção dos Indivíduos face ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de janeiro de 1981. Em 1995, o Conselho da Europa adotou uma *Recomendação Relativa à Proteção de Dados no Domínio das Telecomunicações, em Especial dos Serviços Telefónicos*, na qual foi dada especial atenção

2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa à privacidade e às comunicações electrónicas, que foi parcialmente alterada pela Diretiva 2009/136/CE<sup>10</sup>. Estas diretivas foram transpostas para o direito nacional, respetivamente, pela Lei n.º41/2004, de 18 de agosto, e pela Lei 46/2012, de 29 de agosto<sup>11</sup>.

## 2. O princípio constitucional de “liberdade publicitária”

A publicidade, como já foi realçado, é um elemento importante na moderna sociedade industrial enquanto fator de informação e, sobretudo, de incitamento e persuasão dos consumidores ao consumo de bens e serviços<sup>12</sup>. Daí que, ao longo dos tempos, a publicidade tenha contribuído fortemente para o aumento das vendas, para o escoamento e colocação dos bens e serviços, facilitando a sua comercialização e distribuição. Ora, essa contribuição tem sido e vai continuar a ser sem dúvida positiva; por um lado, numa perspetiva de mercado e empresarial<sup>13</sup>, na medida em que fomenta as estratégias comerciais, constituindo um fortíssimo estímulo para a concorrência<sup>14</sup>. Por outro lado, também deve ser reconhecido que a publicidade tem desempenhado um importante papel na informação do consumidor<sup>15</sup>, conferindo-lhe a possibilidade de conhecer as características, a composição, as propriedades e as condições relativas aos produtos publicitados de forma a tomar uma decisão de transação livre e informada<sup>16</sup>.

---

à utilização das redes de comunicações para enviar mensagens de *marketing* direto. Disponível em CM (1995) Recomendação n.º (95) 4, de 7 de fevereiro de 1995.

<sup>10</sup> Diretiva do Parlamento e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, ver Marques, José Augusto Sacadura Garcia. "Telecomunicações e protecção de dados...", p. 86.

<sup>11</sup> A necessidade de protecção da privacidade dos destinatários de comunicações electrónicas e dos seus dados pessoais relativamente ao *marketing* direto, entre outros, estiveram na origem da intervenção do legislador comunitário.

<sup>12</sup> Silva, João Calvão da. "Protecção do Consumidor". *Direito das empresas*. 1990, p. 145; Ascensão, José de Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 519, qualifica a publicidade em informativa e sugestiva, consoante se destine meramente a informar ou visa persuadir o destinatário a adotar um certo comportamento. Sobre os argumentos e as críticas subjacentes às teorias em confronto, ver Pinto, Paulo Mota. *Direito da publicidade. Apontamentos*. 1999/2000, pp. 21 ss.

<sup>13</sup> Na linguagem jurídica a expressão “publicidade” pode ter vários sentidos; aqui é entendida como sinónimo de publicidade comercial ou publicidade-propaganda. *Cfr.* o artigo 3.º do Código da Publicidade português. Sobre os diversos elementos que o conceito de publicidade encerra, ver Pinto, Paulo Mota. *Direito da Publicidade...*, pp. 7 ss.

<sup>14</sup> A importância e o alcance da publicidade são realçados no Preâmbulo do Código da Publicidade – o Decreto-Lei n.º 339/90, de 23 de outubro-, enquadrando a publicidade “como grande motor do mercado”.

<sup>15</sup> Note-se que o destinatário não tem de ser um consumidor nem tem de ser a pessoa que recebe efetivamente a mensagem; a comunicação pode ser dirigida ao público em geral ou ser direccionada a pessoas delimitadas pelo anunciante ou individualizadas, segundo os seus dados pessoais [artigo 5.º, alínea d), do Código da Publicidade]. Ver Pinto, Paulo Mota. *Direito da Publicidade...*, p. 14.

<sup>16</sup> Em sentido contrário, acerca da relação entre a publicidade comparativa e o direito à informação do consumidor, merece referência o estudo levado a cabo por Barrio Garcia, Salvador, Luque Martinez, Teodoro. "La Publicidad comparativa y sus potenciales beneficios sobre la information del consumidor:

Mas o valor da publicidade na sociedade moderna não faz esquecer, obviamente, certos aspetos menos positivos do fenómeno: os anunciantes, no ímpeto de “incitação à compra”, mormente pela utilização das tão propaladas “técnicas agressivas de persuasão”, não raro cometem abusos e excessos que afetam a boa fé, a confiança e a credulidade dos destinatários, muito especialmente se estes são consumidores. Estes factos revelam bem as dificuldades e os problemas que a publicidade coloca aos destinatários e agentes económicos participantes na atividade publicitária e explicam a intervenção legislativa em ordem a regular as relações jurídicas entre todos os sujeitos participantes no processo, procurando conciliar os seus interesses contraditórios. Nesta conformidade, a publicidade é uma atividade protegida constitucional e legalmente<sup>17</sup>, sendo que a proteção constitucional da publicidade resulta em boa parte da consagração da liberdade de iniciativa económica privada e das liberdades de expressão e informação, acima referidas, podendo por isso falar-se de um princípio de “liberdade publicitária”<sup>18</sup>. Por força da tutela constitucional, esta “liberdade” apenas pode ser limitada ou sofrer restrições para salvaguardar outros direitos ou interesses garantidos pela Constituição da República Portuguesa<sup>19</sup>, inclusive os “direitos dos consumidores”<sup>20</sup>; e será sempre afastada, como é óbvio, perante publicidade oculta,

---

Um estudio empírico". *Estudios sobre Consumo*, 2001, n.º 56, pp. 27-40, em que os dados analisados de forma empírica demonstram que a publicidade comparativa *não contribui* para melhorar substancialmente a informação que o consumidor recebe nem o ajuda no processo de decisão no confronto com a publicidade não comparativa. Sobre a incidência concreta do movimento de proteção do consumidor na evolução do regime jurídico da publicidade comparativa em algumas leis nacionais europeias, ver Tato Plaza, Anxo. "Publicidad comparativa y movimiento de defensa de los consumidores en el derecho comparado". *Revista de Derecho Mercantil*, 1992, n.º 206, pp. 863-904. Ver ainda Oliveira, Elsa Dias. "Práticas comerciais proibidas". Em Leitão, Luís Manuel Menezes de (coord). *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Coimbra: Almedina, 2006, vol. III, pp. 160-163.

<sup>17</sup> Sobre a proteção legal e constitucional da publicidade e problemas jurídicos que levanta, ver Pinto, Paulo Mota. *Direito da Publicidade...*, pp. 29 ss. (Pinto, Paulo Mota. "Notas sobre a Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro - Publicidade domiciliária, por telefone e por telecópia". *Estudos de Direito do Consumo*, 1999, n.º 1, p.132).

<sup>18</sup> Artigos 37.º e 61.º, respetivamente. Sobre o princípio da liberdade publicitária, Silva, João Calvão da. "A publicidade na formação do contrato". In *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Almedina, 2006. vol. II, p. 690; Pinto, Paulo Mota. "Notas sobre a Lei n.º 6/99..." p. 135; Sobre estas liberdades, Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. "Publicidade e liberdade de expressão". In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Almedina, 2011, vol. III, p. 121 ss.; e Madaleno, Cláudia. "Informação e publicidade. Em especial, a publicidade de produtos financeiros". In *Liber Amicorum Mário Frota. A Causa dos Consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 62.

<sup>19</sup> Artigo 18.º, ns. 2 e 3, da Constituição da República Portuguesa.

<sup>20</sup> Pereira, Alexandre Dias. "Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais". *Estudos de Direito do Consumo*, 2005, n.º 7, p. 363, nota 35. A Constituição da República Portuguesa proíbe a publicidade que atente contra os direitos do consumidor previstos e elencados no artigo 60.º, n.º 1, e consagra o direito à intimidade da vida privada no artigo 26.º. Por seu turno, o Código Civil estabelece a inviolabilidade do domicílio e da informação (artigo 80.º). No Código da Publicidade, devem ser destacados o artigo 12.º, que estabelece o princípio do respeito pelos direitos do consumidor, e o artigo 13.º, que impõe o respeito pelos aspetos essenciais da saúde e da segurança física. Ver Pinto, Paulo Mota. *Direito da publicidade...*,

indireta ou dolosa<sup>21</sup>. Tem assim o consumidor o direito de autodeterminação informativa, ou seja, o direito de selecionar as mensagens publicitárias que deseja receber para que possa livremente decidir pela aquisição ou não do bem ou serviço apresentado. Portanto, a matéria atinente ao envio de mensagens publicitárias para fins de *marketing* direto suscita delicadas questões por contender com liberdades e direitos constitucionais. Neste domínio coexistem direitos fundamentais antagónicos que a regulamentação não pode deixar de ter em linha de conta: de um lado, a comunicação publicitária encontra-se constitucionalmente protegida, pelo que, uma eventual proibição geral do envio de comunicações publicitárias indesejadas viria colidir com a liberdade de expressão e informação<sup>22</sup>; do outro lado, encontram-se os princípios da defesa do consumidor e dos seus direitos<sup>23</sup>, podendo a restrição às liberdades constitucionais ser justificada pela necessidade de proteção daqueles direitos<sup>24</sup>. Em consequência, o alcance das limitações a implementar por via legislativa, ou outra, não poderá ser dissociado da necessidade de assegurar um justo equilíbrio entre os referidos valores.

### **3. Consentimento prévio (sistema *opt-in*) ou direito de oposição (sistema *opt-out*): os interesses em confronto**

A disciplina jurídica das comunicações indesejadas coloca a questão da conciliação da garantia constitucional do “princípio da liberdade publicitária” com o direito fundamental à proteção da privacidade, como já deixámos antever. E convocamos para uma reflexão acerca da posição, que do ponto de vista normativo, é legítimo e necessário adotar. Em teoria é possível equacionar pelo menos três situações, com as correspondentes vias de solução para o problema: 1) o legislador não intervém para combater ou impedir tais práticas, ancorando-se nas liberdades constitucionais ou, simplesmente, remetendo para a autorregulação através de códigos de conduta; 2) o

---

p. 93; e Cordeiro, António Meneses. *Tratado de direito civil II - Parte geral, negócio jurídico*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, 2014, p. 527.

<sup>21</sup> Artigo 60.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

<sup>22</sup> Neste sentido, ANACOM. *O comércio eletrónico em Portugal. O quadro legal e o negócio*. Lisboa: ANACOM, 2004, p. 180; Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. "Comunicações não solicitadas (spam)". In *Lei do comércio eletrónico anotada*. 2005, pp. 232-323.

<sup>23</sup> É proibida a publicidade que atente contra os direitos do consumidor (artigo 60.º, ns.º 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa). Note-se, contudo, que a garantia constitucional da publicidade pode ela própria resultar do direito fundamental dos consumidores à informação (artigo 60.º, n.º 1, da Constituição), que está desenvolvido nos artigos 3.º, 7.º e 8.º da Lei de Defesa do Consumidor. Neste sentido, ver Pinto, Paulo Mota. *Direito da publicidade...*, p. 30.

<sup>24</sup> Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. "Comunicações não solicitadas...", p. 232.; e Madaleno, Cláudia. "Informação e publicidade..." , p. 64.

legislador, pelo contrário, estabelece uma proibição absoluta em nome da proteção do direito à privacidade da vida privada e outros direitos; 3) ou ainda, por fim, é criado um regime legal que, tendo em consideração os direitos e liberdades em confronto, e sem deixar de os garantir, preveja algumas restrições, ainda que (parafraseando o já referido preceito constitucional) limitadas «ao necessário para salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos». Quanto à primeira situação equacionada, diremos que a simples admissibilidade das comunicações não solicitadas ignoraria a necessidade de salvaguardar os interesses dos consumidores e certos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos; e deixar à autorregulação a iniciativa de elaborar códigos de conduta não resolveria inteiramente o problema, embora deva ser normalmente incentivada<sup>25</sup>. Por seu turno, a solução de proibição geral do envio de comunicações publicitárias não solicitadas (*spam*) colidiria também com a livre iniciativa económica e a liberdade de expressão<sup>26</sup>. Para respeitar os imperativos constitucionais e, ao mesmo tempo, salvaguardar os direitos em confronto, foi propugnada a intervenção legislativa com restrições, através da adoção de um sistema optativo, com possibilidade de manifestação da vontade<sup>27</sup>. No centro deste sistema optativo está ou o consentimento prévio -sistema de opção positiva (*opt-in*)<sup>28</sup>- ou a oposição do destinatário das comunicações não solicitadas - sistema de opção negativa (*opt-out*). Pelo primeiro, o destinatário declara prévia e expressamente aceitar receber comunicações não solicitadas para fins de *marketing* direto; pelo segundo sistema, a declaração do destinatário é de oposição a tal recebimento. Assim, o sistema de opção positiva estabelece uma proibição de recurso a tais comunicações, a menos que tenham sido prévia e expressamente consentidas pelo destinatário. Enquanto que a opção negativa permite tal prática, até declaração em contrário do destinatário. O sistema da opção positiva tem a grande virtualidade de assegurar a proteção dos dados pessoais e a privacidade dos destinatários<sup>29</sup>, mas poderá ser desfavorável para os anunciantes. Para

<sup>25</sup> Ver Pinto, Paulo Mota. "Notas sobre a Lei n.º 6/99...", pp. 158 e 160. Note-se que a Comissão Europeia desde cedo chamou a atenção para as virtualidades da autorregulação através da *Recomendação de 7 de abril de 1992 relativa aos códigos de conduta para a proteção dos consumidores em matéria de contratos a distância*.

<sup>26</sup> Pronunciando-se sobre a publicidade domiciliária não solicitada, Pinto, Paulo Mota. "Notas sobre a Lei n.º 6/99...", pp. 158-159, entende que a solução de proibição poderia considerar-se inconstitucional.

<sup>27</sup> *Idem, ibidem*, p.160.

<sup>28</sup> A expressão "consentimento prévio" tem aqui o sentido de "manifestação de vontade, livre, específica e informada", dada pela pessoa a quem os dados pessoais respeitam, nos termos da alínea *h*), do artigo 3.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro.

<sup>29</sup> A Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) aponta quatro razões que justificam a aplicação do sistema *opt-in*, a saber: de outro modo os destinatários de mensagens que não as solicitaram ver-se-iam

alguns, constitui uma péssima solução para o *marketing* direto, tendo em conta a tendência natural das pessoas para a inércia e os elevados custos da existência de uma lista positiva<sup>30</sup>. No entanto, se olharmos de outra perspetiva até poderá ter aspetos muito positivos para os anunciantes e que devem ser valorizados na medida em que, com a opção positiva, só recebe comunicações publicitárias quem efetivamente deseja recebê-las<sup>31</sup>; o que contribui certamente para a valorização da relação entre o anunciante e o destinatário. Na verdade, o sistema de opção positiva favorece o estabelecimento de um clima de confiança no comércio eletrónico e na sociedade da informação. Este sistema respeita ao máximo a privacidade e evita os custos que a atividade publicitária pode implicar<sup>32</sup>. Alguns especialistas em *marketing* direto vão mais longe e aconselham os operadores económicos a apenas enviar publicidade àquelas pessoas que realmente a desejam receber. Estudos mostram que, quando alguém recebe sob qualquer forma publicidade indesejada, verifica-se o efeito contrário ao pretendido, isto é, o destinatário associa a partir desse momento a marca ou o produto inserido na mensagem publicitária à sensação desagradável de ter recebido publicidade que não solicitou<sup>33</sup>. O sistema de opção negativa, que permite o envio de comunicações publicitárias não solicitadas até declaração de recusa do destinatário, por seu turno, promove o *marketing* direto e, ao mesmo tempo, pretende salvaguardar a vontade dos destinatários. Só a partir da declaração de recusa fica vedado ao emissor das comunicações o envio de comunicações publicitárias, competindo-lhe a obrigação de possibilitar ao destinatário, no momento em que recebe a comunicação, manifestar expressamente que não deseja receber posteriormente mais mensagens publicitárias não solicitadas. Ambos os sistemas tornam-se efetivos, respetivamente, mediante listas de exclusão, também

---

obrigados a destinar grande parte do tempo e avultados recursos a manifestar a sua intenção de não receber as mensagens não solicitadas; existe a prática de o emissor não respeitar a oposição dos destinatários ao envio de mensagens para os seus terminais; a oposição do receptor revela aos emissores que aquele cidadão é um utilizador atento e cioso do seu terminal, o que ainda incentiva mais os emissores a enviarem mensagens de *marketing* direto; as frequentes transmissões de vírus informáticos e a possibilidade de obstrução de linhas (derivadas dos envios em massa).

<sup>30</sup> Sobre os prós e contras dos sistemas *opt-in* e *opt-out*, ver Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. "A distribuição de mensagens de correio electrónico indesejadas (spam)". *Direito da Sociedade da Informação*, 2003, vol. IV, p. 227.

<sup>31</sup> Este sistema é defendido por Oliveira, Elsa Dias. "Tutela do consumidor na Internet". *Direito da Sociedade da Informação*, 2004, vol. V, p. 352.

<sup>32</sup> Vários exemplos podem ser dados: o custo do meio de comunicação, o custo de utilização de recursos eletrónicos, a perda de tempo, os materiais utilizados e outros custos associados, além de contribuir para a má imagem pública do anunciante. Neste sentido, ver Pinto, Paulo Mota. "Notas sobre a Lei n.º 6/99...", p. 126.

<sup>33</sup> Guillén Catalán, Raquel. *SPAM y comunicaciones comerciales no solicitadas*. 2005, p. 108. A lei estabelece sanções para punir tais práticas e prevê mecanismos de reação e meios de defesa dos destinatários.

conhecidas como listas *Robinson*<sup>34</sup>, ou através de listas de consentimento explícito, chamadas listas brancas. A informação contida nas listas é guardada numa base de dados específica e está disponível a todas as empresas interessadas mediante assinatura anual, à qual correspondem quatro atualizações trimestrais. Os dois sistemas apresentam vantagens e inconvenientes que são enfatizados pelas partes envolvidas segundo os respetivos interesses<sup>35</sup>.

#### 4. A proteção da privacidade nas comunicações eletrónicas não solicitadas (spam)

Estabelecida a distinção e os prós e contras dos dois sistemas, a questão que se pode colocar é saber como, e através de que mecanismos, pode o destinatário exercer o seu direito de oposição ou mesmo manifestar o seu consentimento prévio ao envio de mensagens. No caso de envio de comunicações não solicitadas para fins de *marketing* direto, a opção pela aplicação do sistema de opção positiva ou de opção negativa não tem uma resposta uniforme, dependendo do meio de comunicação utilizado pelo anunciante para o envio de publicidade. Por exemplo, se o consumidor não deseja receber publicidade domiciliária não endereçada, o problema é facilmente resolvido pelo art. 3.º da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, mediante a afixação na sua caixa de correio de um dístico indicando essa vontade<sup>36</sup>. Mas a situação muda tratando-se de publicidade domiciliária endereçada que o consumidor não quer receber: nos termos do artigo 4.º da referida Lei n.º 6/99, o destinatário pode opôr-se ao recebimento de tal publicidade (*opt-out*), devendo para o efeito dirigir-se à Associação Portuguesa de *Marketing Direto* (AMD)<sup>37</sup> ou através da rede de entidades de apoio ao Consumidor,

---

<sup>34</sup> A lista “Robinson”, lista de oposição ou lista negra é uma lista de pessoas que não desejam receber comunicações publicitárias. *Cfr.* Bensoussan, Alain. *Internet: Aspects Juridiques*. 2.ª edição. Paris: Hermès, 1998. Em Portugal, a lista “Robinson” é administrada pela Associação de *Marketing Direto* (AMD) sob a supervisão da CNPD. Designa-se: “Lista de Oposição” e está registada na CNPD. O procedimento de inscrição, com a declaração de que não se deseja receber publicidade, está acessível no *site* da AMD: <http://www.amd.pt/>. Note-se que as comunicações com utilização de aparelhos de chamada automática, fax ou por via eletrónica, estão fora deste sistema dado que para estas, como vimos, torna-se necessário o consentimento prévio (*opt-in*).

<sup>35</sup> Pinto, Paulo Mota. “Notas sobre a Lei n.º 6/99...”, pp.161-162, que defendia ser razoável aplicar um ou outro sistema de acordo com a “natureza mais fortemente intrusiva” ou “menos intrusiva” do meio de comunicação utilizado: assim, nas comunicações publicitárias por telefone e fax (ou equivalente) deveria ser adotado o sistema da opção positiva; nas restantes comunicações indesejadas no domicílio e por correspondência seria suficiente o exercício do direito de oposição.

<sup>36</sup> A publicidade domiciliária não endereçada é feita geralmente através de panfletos, folhetos desdobráveis, jornais, entre outros. A Direção-Geral do Consumidor produziu um autocolante para o efeito que pode ser importado, bastando aceder ao *site* da referida instituição.

<sup>37</sup> A AMD - Associação Portuguesa de Marketing Direto, Relacional e Interativo, fundada em 1987, é uma associação empresarial que reúne as principais empresas do setor de atividade de *marketing* direto e de venda a distância em Portugal.

manifestando esse desejo, sendo disponibilizado nos *sites* da AMD ou a Direção-Geral do Consumidor (DGC) um formulário para registo por correio ou por *e-mail*<sup>38</sup>. Em matéria de envio de comunicações eletrónicas, a lei não dá uma resposta única de proibição pura ou de mera permissão. Nos termos do artigo 13.º-A da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto<sup>39</sup>, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, em especial por telefone e Internet<sup>40</sup>, o envio de comunicações publicitárias não solicitadas pelos destinatários para fins de *marketing* direto<sup>41</sup> é permitido, embora sujeito a certas condições legais de natureza subjetiva e objetiva, a saber: mediante o consentimento prévio e expresso do destinatário que seja pessoa singular, através de aparelhos de chamada automática, de telecópia ou de correio eletrónico incluindo serviços de mensagens SMS e outros meios similares<sup>42</sup>; e até declaração de oposição à receção de futuros envios pelos destinatários que sejam pessoas coletivas e se inscrevam numa lista nacional atualizada pela Direção-Geral do Consumidor (DGC) para o efeito<sup>43</sup>. Após a introdução das alterações impostas pela Lei n.º 46/2012, passou a exigir-se que o consentimento prévio do destinatário seja “expresso”. O cumprimento deste requisito depende de as entidades, que promovam o envio de comunicações para fins de *marketing* direto, manterem uma lista atualizada onde conste a identidade das pessoas singulares que manifestaram expressamente e de forma gratuita o consentimento para a receção deste tipo de comunicações, conforme

<sup>38</sup> AMD propôs a organização de uma lista e âmbito nacional, surgindo assim a assinatura de um Protocolo de Cooperação com o ex-Instituto do Consumidor, hoje a Direção-Geral do Consumidor, que criou a “Lista de Oposição/Robinson”.

<sup>39</sup> Cfr. o artigo 13.º-A, n.º 1, da Lei n.º 41/2004, introduzido pela Lei n.º 46/2012 e o (revogado) artigo 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, relativo ao comércio eletrónico na sociedade da informação.

<sup>40</sup> A Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto (que transpôs a Diretiva 2002/58/CE relativa à privacidade e às comunicações electrónicas), contém as regras essenciais destinadas a assegurar a confiança dos utilizadores nos serviços e nas tecnologias das comunicações electrónicas.

<sup>41</sup> Na expressão “os destinatários” das comunicações não solicitadas que sejam pessoas singulares estão abrangidas quer o *consumidor* quer outras pessoas singulares não consumidoras mas profissionais. Quanto aos destinatários que sejam “pessoas coletivas”, são especialmente visados no n.º 2 do preceito. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), “utilizador” é qualquer pessoa singular que utilize um serviço de comunicações eletrónicas acessível ao público para fins privados ou comerciais, não sendo necessariamente assinante desse serviço.

<sup>42</sup> Artigo 13.º-A, n.º 1, e artigo 13.º-B, n.º 1, da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto. Uma das principais alterações trazidas pela Diretiva 2009/136/CE consistiu em alargar as restrições ao envio de mensagens de *e-mail* para fins de *marketing* direto aos serviços SMS (serviço de mensagens curtas), EMS (serviço de mensagens melhoradas) e MMS (serviços de mensagens multimédia) e a outros tipos de aplicações similares.

<sup>43</sup> Artigo 13.º-A, n.º 2, e artigo 13.º-B, n.º 2, da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto. A manutenção da lista de pessoas coletivas que manifestem expressamente opor-se à receção de comunicações não solicitadas para fins de *marketing* direto compete à Direção-Geral do Consumidor (DGC). A inscrição nesta lista será feita mediante preenchimento de formulário eletrónico disponibilizado na página da DGC. A lista de pessoas coletivas, a atualizar mensalmente, é de consulta obrigatória para as entidades que promovam o envio de comunicações para fins de *marketing* direto, devendo o pedido de consulta ser dirigido à DGC.

dispõe o art. 13.º-B da Lei n.º 41/2004<sup>44</sup>. Atente-se que por “meios similares” (artigo 13.º-A, n.º1) não deve entender-se outras formas de comunicação publicitária que têm lugar no decurso da navegação na Internet, como, por exemplo, os *banners* ou os *pop ups* e, em geral, todas as comunicações que não supõem um “envio” ao destinatário. Consequentemente, não lhes é aplicável a exigência do consentimento prévio e expresso do destinatário. Assim, o regime dos arts. 13.º-A e 13.º-B da Lei n.º 41/2004 não é aplicável às mensagens publicitárias que se encontram integradas nas páginas *Web*. O acima exposto não impede, todavia, que o fornecedor de determinado produto ou serviço, que tenha obtido dos seus clientes no contexto da venda de um produto ou serviço, as respetivas coordenadas eletrônicas de contacto, possa utilizá-las para fins de *marketing* direto dos seus próprios produtos ou serviços análogos aos transacionados, desde que garanta aos clientes em causa, clara e explicitamente, a possibilidade de recusarem, de forma gratuita e fácil, a utilização de tais coordenadas no momento da respetiva recolha e, por ocasião de cada mensagem, quando o cliente não tenha recusado inicialmente essa utilização<sup>45</sup>. Também nesta variante é consagrado o sistema de opção negativa<sup>46</sup>. No tocante aos destinatários que sejam pessoas coletivas, são permitidas as comunicações não solicitadas para fins de *marketing* direto, até que os destinatários recusem futuras comunicações e se inscrevam, gratuitamente, numa lista de pessoas coletivas<sup>47</sup>, o que traduz a manifestação de oposição à receção de comunicações não solicitadas para fins de *marketing* direto, correspondente ao sistema de opção negativa ou de *opt-out*<sup>48</sup>. Por outro lado, embora já se encontrasse prevista na lei a proibição de envio de correio eletrónico para fins de *marketing* direto com ocultação ou dissimulação da identidade da pessoa em nome de quem é efetuada a comunicação, bem como a obrigação de indicar um meio de contacto válido para o qual o destinatário possa enviar um pedido para pôr termo a essas comunicações<sup>49</sup>, passa agora também a estabelecer-se

---

<sup>44</sup> A novidade trazida pelo regime, agora constante do art. 13.º-B da Lei n.º 41/2004, é que as entidades que promovam o envio de comunicações de *marketing* direto, ao invés da obrigação de manterem uma lista de pessoas que não pretendem receber estas comunicações, passarão a ter de manter uma lista de pessoas que manifestaram expressamente o seu consentimento ou não oposição para a receção deste tipo de comunicações.

<sup>45</sup> Artigo 13.º-A, n.º 3, da Lei n.º 41/2004.

<sup>46</sup> *Cfr.* o artigo 22.º, ns.º 3 e 4, do Decreto-Lei n.º 7/2004

<sup>47</sup> Artigo 13.º-A, n.º 2, da Lei n.º 41/2004.

<sup>48</sup> Esta possibilidade também já resultava do artigo 22.º, ns. 2 e 4, do Decreto-Lei n.º 7/2004.

<sup>49</sup> *Cfr.* o artigo 22.º, ns.º 5 e 6, do Decreto-Lei n.º 7/2004.

a proibição de indicações que incentivem os destinatários a visitar outros sítios na Internet que não cumpram os requisitos de informação e identificação<sup>50</sup>.

### **5. A proteção da privacidade do consumidor no envio de comunicações não solicitadas através da utilização de técnicas de comunicação a distância e por meio de práticas comerciais desleais**

A utilização de determinadas técnicas nas comunicações publicitárias a distância não solicitadas, no âmbito das relações estabelecidas entre o fornecedor e um consumidor, encontra-se regulada hoje prevista no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro<sup>51</sup>, regulador do regime jurídico de proteção do consumidor na celebração de contratos a distância e fora do estabelecimento comercial<sup>52</sup>. Nesta matéria a qualidade de consumidor assume a maior relevância, fruto da necessidade de garantir acima de tudo a sua proteção contra estas práticas<sup>53</sup>. Em resultado disso, coerentemente, o normativo referido veio adotar o sistema mais protetor para o consumidor - opção positiva-, e estende esse sistema a todas as técnicas de comunicação a distância<sup>54</sup>, e não como até aqui só para algumas técnicas. Mas, ao invés do que resulta da epígrafe do artigo 8.º: “Restrições à utilização de determinadas técnicas de comunicação a distância”, do que se trata aqui é de regular o envio de comunicações não solicitadas através da utilização de toda e qualquer técnica de comunicação a distância e não de “determinadas” técnicas<sup>55</sup>. Em rigor, o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º

---

<sup>50</sup> Artigo 13.º-A, ns.º 4 e 5, da Lei n.º 41/2004. A inobservância dos deveres impostos nos artigos 13.º-A e 13.º-B constitui contraordenação punível com coimas nos montantes previstos no artigo 14.º da referida lei. As entidades de supervisão competentes para fiscalizar o respeito pelas disposições da Lei n.º 41/2004 são a CNPD ou o ICP-ANACOM, consoante as respetivas áreas de competência.

<sup>51</sup> Este diploma transpõe para o direito nacional em parte a Diretiva 2011/85/EU do Parlamento e do Conselho, de 10 de outubro, relativa aos direitos do consumidores.

<sup>52</sup> O preceito remete diretamente para a Lei n.º 46/2012 (e indiretamente para a renovada Lei n.º 41/2004) quanto às especificidades a observar na aplicação do regime de opção positivo. Segundo o Considerando 61) da Diretiva 2011/83/UE, no tocante aos contratos celebrados a distância, a matéria das comunicações não solicitadas é abrangida pela Diretiva 2002/58/CE que garante um elevado nível de defesa dos consumidores, justificando assim a não previsão de um regime próprio.

<sup>53</sup> Com exceção, contudo, das comunicações não solicitadas relativas à prestação de serviços financeiros a distância a consumidores, as quais não sofrem alteração face ao regime consagrado no artigo 8.º (“comunicações não solicitadas”) do Decreto-Lei n.º 95/2006.

<sup>54</sup> Diferentemente, se o destinatário (pessoa singular) da comunicação não solicitada não for um consumidor, aplica-se o regime do artigo 13.º-A da Lei n.º 41/2004. Todavia, se o anunciante utilizar um telefone com assistente, aplicar-se-á o disposto no artigo 5.º da Lei n.º 6/99, que prevê o sistema da opção negativa, e não o artigo 13.º-A, pois este preceito não abrange este meio de comunicação a distância.

<sup>55</sup> Pensamos que a atual epígrafe do artigo 8.º resulta da desatenção do legislador que adotou a epígrafe da disposição homóloga do revogado Decreto-Lei n.º 143/2001, que continha a regulamentação dos contratos a distância, o artigo 11.º. Nesse preceito, de facto, previam-se restrições à *utilização de determinadas técnicas* de comunicação a distância, mas não de todas. O regime legal anterior apenas considerava abrangidas pelo sistema da opção positiva duas técnicas de comunicação a distância: a

24/2014 devia remeter diretamente para o regime dos artigos. 13.º-A e 13.º-B da Lei n.º 41/2004 que atualmente contêm o regime das comunicações não solicitadas para fins de *marketing* direto e respetivas listas, e não para a Lei n.º 46/2012, que apenas introduziu alterações naquela<sup>56</sup>. Na articulação entre as citadas normas deve atentar-se nos respetivos âmbitos subjetivo e objetivo. No artigo 8.º está em causa apenas o consumidor [artigo 3.º alínea c)] como destinatário das comunicações não solicitadas, enquanto que o regime dos artigos 13-A e 13.º-B visa os assinantes em geral (pessoas singulares e pessoas coletivas) e os utilizadores. Quanto ao objeto da regulamentação, o artigo 8.º incide sobre a utilização de quaisquer técnicas de comunicação a distância”, devendo entender-se que pretende aplicar o sistema de opção positiva a todas as técnicas sem distinção<sup>57</sup>. Por seu turno, o artigo 13.º-A não é tão generoso na medida em que prevê o sistema de opção positiva apenas no caso da utilização de certos sistemas de comunicação e unicamente quando o destinatário for uma pessoa singular, vigorando o sistema de opção negativa para as restantes situações e sempre que o assinante for uma pessoa coletiva. Importa acrescentar que a não observância da vontade do consumidor no recebimento das comunicações publicitárias implica a sua qualificação como práticas comerciais desleais agressivas em quaisquer circunstâncias<sup>58</sup>. Justamente, outro instrumento comunitário de grande importância no combate às comunicações não solicitadas nas relações com os consumidores, que resulta do disposto na Diretiva 2005/29/CE e do DL 57/2008 que a transpôs, vindo estabelecer um regime de proibição de certas práticas comerciais desleais<sup>59</sup>, com o objetivo de contribuir para o

---

utilização de aparelhos de chamada automática e o telefax. E às técnicas de comunicação a distância que permitiam uma comunicação individual diferente destas aplicava-se o sistema da opção negativa, isto é, dependiam da não oposição do destinatário/consumidor. Esta disposição não tem correspondência na Diretiva 2011/83/CE [a explicação para tal decorre do Considerando 61)], porém, ao contrário do que afirmam Carvalho, Jorge Morais de, Pinto-Ferreira, João Pedro. *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 83, em anotação a esta norma, o preceito tinha correspondência no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 143/2001, conforme resulta das considerações que nesta nota tecemos sobre a evolução do seu teor.

<sup>56</sup> Carvalho, Jorge Morais de, Pinto-Ferreira, João Pedro. *Contratos celebrados à distância...*, p. 83, consideram a “referência à Lei n.º 46/2012 inadequada, uma vez que esta se limita a alterar a Lei n.º 41/2004 e o Decreto-Lei n.º 7/2004”.

<sup>57</sup> Carvalho, Jorge Morais de, Pinto-Ferreira, João Pedro. *Contratos celebrados à distância...*, p. 84, consideram que a principal questão suscitada pela análise do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, em comparação com o disposto no artigo 13.º da Lei n.º 41/2004, consiste nas comunicações telefónicas não solicitadas em que intervenha um assistente, defendendo quanto a este meio de comunicação a aplicação do mesmo regime das restantes técnicas de comunicação, ou seja, o consentimento prévio e expresso do consumidor.

<sup>58</sup> Nos termos do artigo 12.º, alínea c), do Decreto-Lei n.º 57/2008.

<sup>59</sup> Proibição que resulta do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29/CE. Sobre a proibição legal de determinadas práticas comerciais desleais e a necessária articulação deste regime excecional com os princípios gerais do Direito, ver o estudo de Cardoso, Elionora. *As práticas comerciais desleais: uma*

funcionamento correto do mercado interno e alcançar um nível elevado de defesa do consumidor<sup>60</sup>, em estreita articulação com as matérias da publicidade<sup>61</sup>. Assim, a lei veio estabelecer pela primeira vez de forma expressa o carácter desleal das “solicitações persistentes e não solicitadas por telefone, fax, *e-mail*, ou qualquer outro meio de comunicação a distância, qualificando esta prática comercial como agressiva em qualquer circunstância no artigo 12.º, alínea *c*), ou seja, é considerada desleal sem necessidade de recurso a uma avaliação casuística<sup>62</sup>. Para serem consideradas práticas agressivas é necessário, no entanto, que as comunicações, além de não solicitadas, sejam persistentes, reiteradas, facto que tornará a prática realmente incómoda para o consumidor. Acresce que, ainda que a lei não o refira expressamente, a agressividade da prática há-de resultar de envios persistentes sem o consentimento prévio do consumidor em os receber, por força da conjugação do regime das práticas comerciais desleais com o das comunicações eletrónicas e a disciplina das comunicações a distância<sup>63</sup>. Portanto, o carácter leal ou desleal deste tipo de práticas está diretamente relacionado com a vontade dos consumidores (manifestada antecipadamente) de receberem ou não tais comunicações<sup>64</sup>.

## 6. Conclusões

A primeira conclusão a retirar é que o regime jurídico aplicável ao envio de comunicações não solicitadas depende da qualificação do destinatário como consumidor

---

*proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual*, 2014, pp. 19 ss.

<sup>60</sup> Cfr. o artigo 1.º da Diretiva 2005/29/CE. Sobre o tema, ver Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. "A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas". *Estudos de Direito do Consumo*, 2003, n.º 5, pp. 163 ss.

<sup>61</sup> Cfr. o Considerando 6) da Diretiva. Neste sentido, ver Silva, João Calvão da. "A publicidade na formação...", p. 697; e Pereira, Alexandre Dias. "Publicidade comparativa...", p. 362. Anteriormente, a repressão das práticas comerciais desleais apenas podia ser feita através da legislação comercial e da aplicação de sanções com base na disciplina da concorrência desleal, a qual, como é sabido, apenas permite a reação dos profissionais lesados contra atos de concorrência e não a tutela do consumidor.

<sup>62</sup> Apreciação que a ser exigida teria de se conformar com as especificações do artigo 11.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 57/2008.

<sup>63</sup> No tocante ao regime sancionatório, as violações configuram contra-ordenações punidas com coimas (artigo 21.º) e desencadeiam também efeitos jurídico-privados, como a anulabilidade do contrato (artigo 14.º), a responsabilidade civil (artigo. 15.º) e o recurso à ação inibitória (artigo 16.º) do Decreto-Lei n.º 57/2008.

<sup>64</sup> Esta solução foi aliás a que foi seguida pelo legislador alemão aquando da transposição da Diretiva 2005/29/CE, através da lei contra a concorrência desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG*) que no §7 consagra claramente a exigência de que o consumidor manifeste a sua vontade antes de receber as mensagens publicitárias. Na falta desse consentimento prévio, a mensagem publicitária poderá ser considerada como prática comercial desleal e sujeita a sanção. Portanto, a lei alemã vai além da Diretiva que não estabelece como requisito de lealdade, no envio de comunicações não solicitadas, o consentimento prévio do consumidor.

e das técnicas de comunicação a distância utilizados. A tutela do direito à reserva da vida privada do consumidor vem tornar absolutamente imperativo que este manifeste previamente o seu consentimento livre, específico e informado a tais práticas, em sintonia, aliás, com a disciplina da proibição da prática comercial agressiva de fazer solicitações persistentes e não solicitadas. Não obstante tal exigência, bem como a severidade do regime sancionatório, a verdade é que os resultados alcançados estão longe de serem satisfatórios. Uma das razões para o insucesso prende-se, desde logo, com os próprios “desvios” consentidos pela lei ao sistema da opção positiva: a ressalva da não necessidade de consentimento prévio do destinatário que seja uma pessoa singular, no caso de ter havido anteriormente transações. Outras razões podem encontrar-se na falta de fiscalização efetiva das entidades competentes perante os constantes abusos e violações da lei e na inércia ou falta de reação do próprio consumidor. As entidades que fiscalizam e sancionam estas práticas, ainda que dotadas de amplas competências, só podem atuar com conhecimento da situação o que apenas sucede, dada a natureza própria do *marketing* direto, se e quando o destinatário apresenta queixa formal. A violação das proibições legais por parte dos anunciantes pode e deve, todavia, ser combatida pelo destinatário, mediante a apresentação da competente queixa/reclamação à CNPD, o que nem sempre se verifica. Ora, para dotar o regime sancionatório de maior eficácia, pensamos que devia ser obrigatório o anunciante disponibilizar na comunicação publicitária, não apenas um *link* para a remoção do endereço, como também um *link* que permitisse ao destinatário um contacto direto e imediato com a entidade fiscalizadora, para o efeito de pretender “apresentar uma reclamação”, desde logo. Tal “botão” funcionaria como um “alerta” para a existência de uma prática abusiva, ilícita e agressiva, com a identificação da entidade prevaricadora, do teor da mensagem e a identidade do reclamante. Por fim, ao avaliarmos a evolução da proteção dos direitos económicos do consumidor, percebe-se como se joga nela a busca de um equilíbrio muito difícil de obter: quer porque é desejável que o regime legal respeite, ou não venha tolher de forma grave, a liberdade de iniciativa económica; quer porque é preconizado como objetivo maior consagrar e garantir o direito à privacidade. Pese embora esse esforço, temos evidências de que no tempo atual nesta matéria ainda não se logrou alcançar o tão propalado elevado nível de proteção dos consumidores.

### Referências Bibliográficas

- ANACOM. *O comércio eletrónico em Portugal. O quadro legal e o negócio*. Lisboa, 2004.
- Ascensão, José de Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2002.
- Barrio Garcia, Salvador, Luque Martinez, Teodoro. "La Publicidad comparativa y sus potenciales beneficios sobre la information del consumidor: Um estudio empírico". *Estudios sobre Consumo*, 2001, n.º 56, pp. 27-40.
- Bensoussan, Alain. *Internet: Aspects Juridiques*. 2.ª edição. Paris: Hermès, 1998.
- Cardoso, Elionora. *As práticas comerciais desleais: uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual*, 2014, p. 19.
- Carvalho, Jorge Morais de, Pinto-Ferreira, João Pedro. *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial*. Coimbra: Almedina, 2014.
- Cordeiro, António Meneses. *Tratado de direito civil II - Parte geral, negócio jurídico*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, 2014.
- Emparanza Sobejano, Alberto. "Las propuestas telefónicas o por correo electrónico no deseadas: Un supuesto de prácticas agresivas por acoso". *ADI - Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 2010-2011, vol. 31, pp. 153 ss.
- Guillén Catalán, Raquel. *SPAM y comunicaciones comerciales no solicitadas*. Madrid: Thomson Aranzadi, 2005.
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. "Publicidade e liberdade de expressão". In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Almedina, 2011, vol. III, p. 121 ss;
- "Comunicações não solicitadas (spam)". *Lei do comércio electrónico anotada*. 2005, pp. 232-323.
- "A proteção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas". *Estudos de Direito do Consumo*, 2003, n.º 5, pp. 163 ss.
- "A distribuição de mensagens de correio electrónico indesejadas (spam)". *Direito da Sociedade da Informação*, 2003, vol. IV, pp. 191-212.
- Madaleno, Cláudia. "Informação e publicidade. Em especial, a publicidade de produtos financeiros". In *Liber Amicorum Mário Frota. A Causa dos Consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 62.

- Marques, José Augusto Sacadura Garcia. "Telecomunicações e protecção de dados". In Monteiro, António Pinto (dir.). *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, p. 91.
- Oliveira, Elsa Dias. "Práticas comerciais proibidas". Em Leitão, Luís Manuel Menezes de (coord). *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Coimbra: Almedina, 2006, vol. III, pp. 160 ss.
- Pereira, Alexandre Dias. "Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais". *Estudos de Direito do Consumo*, 2005, n.º7, p. 363.
- Pinto, Paulo Mota. *Direito da publicidade. Apontamentos*. 1999/2000, pp. 21 ss.
- "Notas sobre a Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro - Publicidade domiciliária, por telefone e por telecópia". *Estudos de Direito do Consumo*, 1999, n.º1, p.132.
- "O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada". *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1993, n.º 69, pp. 526 ss.
- Redinha, Maria Regina, Guimarães, Maria Raquel. "O uso do correio eletrónico no local de trabalho: algumas reflexões". In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*. 2003, pp. 647-671.
- Rodrigues, José Narciso da Cunha. "Informática e reserva da vida privada". In Monteiro, António Pinto (coord.). *Comunicação e defesa do consumidor*, 1996, p. 290.
- Silva, João Calvão da. "A publicidade na formação do contrato". *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Almedina, 2006. vol. II, p. 690;
- "Protecção do Consumidor". *Direito das empresas*. 1990 p. 145 ss.
- Tato Plaza, Anxo. "Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales en Internet". In Gómez Segade, José Antonio (dir). *Comercio Electrónico en Internet*. 2001, p. 189.
- "Publicidad comparativa y movimiento de defensa de los consumidores en el derecho comparado". *Revista de Derecho Mercantil*, 1992, n.º 206, pp. 863-904.



# LA PRIVACIDAD EN INTERNET DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA ÉTICA DE LA INFORMACIÓN\*

## PRIVACY ON THE INTERNET FROM THE POINT OF VIEW OF INFORMATION ETHICS

Genaro Luis García López\*\*  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** Se abordan las dificultades y retos que enfrenta la sociedad del conocimiento en lo relativo a la defensa de los derechos inherentes de privacidad y protección de los datos de carácter personal desde la perspectiva de la ética de la información, analizando el caso de Mario Costeja contra la corporación Google llevado ante tribunales españoles y de la Unión Europea. Se revisan las implicaciones filosóficas, profesionales, éticas y legales que plantea la cuestión obteniendo un crisol de matices en torno a un tema complejo, pero de incuestionable importancia para la comprensión global de la dignidad del ser humano en la sociedad del siglo XXI. En el contexto actual, para un enfoque ético de esta problemática, tendrían que implicarse activamente tanto los ciudadanos (tomando conciencia de su vulnerabilidad y sus derechos) como la Administración y los propios gobiernos, favoreciendo la legislación y cobertura jurídica que permita el ejercicio efectivo y la salvaguarda de los citados derechos.

**Palabras clave:** Ética de la información, Privacidad, Derecho al olvido, Internet, Redes sociales.

**Abstract:** The difficulties and challenges facing the knowledge society with regard to the defense of the inherent rights of privacy and protection of personal data from the perspective of information ethics are addressed by analyzing the case that Mario Costeja brought against Google corporation before Spanish courts and the European Union did. Philosophical implications, professional, ethical and legal question posed by getting a pot of hues around a complex issue, but of unquestionable importance to the overall understanding of the dignity of human beings in the XXI century are reviewed. In the current context, for an ethical approach to this issue, they should be actively involved both citizens (becoming aware of their vulnerability and their rights) and the Administration and the governments themselves, promoting legislation and legal cover to allow the effective exercise and the safeguarding of these rights.

**Keywords:** Information ethics, Privacy, Right to be forgotten, Internet, Social networks.

---

\* Investigación apoyada por el CONACYT (Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México). Research supported by CONACYT (Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, México).

\*\* Profesor Doctor. Facultad de Traducción y Documentación. Universidad de Salamanca.

## 1. La sociedad de la información y la privacidad

El desarrollo de Internet, desde la década de los años noventa, ha sido trascendental marcando un punto de inflexión en la sociedad actual<sup>1</sup>; algunos autores han llegado incluso a considerar el acceso a la Red como un Derecho Humano derivado<sup>2</sup>. El papel, tanto de Internet como especialmente de las redes sociales, ha sido fundamental en los últimos años y en base a su uso se ha explicado el (relativo) éxito de movimientos sociales como las primaveras árabes o los movimientos de indignados en España y otros países.

Pero las tecnologías de la información pueden servir tanto para avanzar en la ciudadanía y en una democratización más profunda como para lo contrario: pueden ser motores de participación o de dominación<sup>3</sup>.

Así, Internet y las redes sociales pueden servir para el desarrollo de la ciudadanía, el progreso de la democracia, el libre acceso para todos, la utopía del igualitarismo gracias a la tecnología, la difusión de información libre y sin control por parte de los distintos poderes. Pero, por otro lado, también pueden ser utilizadas como vías de dominación, vigilancia y violación de las libertades fundamentales.

Entre las visiones críticas acerca de la Red, son especialmente conocidas las de Carr<sup>4</sup> y Morozov<sup>5</sup>. El primero señala como las TICs están alterando nuestros procesos neuronales por la forma en que buscamos, encontramos, almacenamos, utilizamos y distribuimos la información; frente al libro impreso que ayudaba a centrar la atención y fomentaba el pensamiento profundo y creativo, Internet nos lleva a la selección de pequeños fragmentos de información de diversas fuentes, todo ello marcado por la velocidad y la eficiencia. La Red nos lleva a desarrollar habilidades para un tratamiento superficial de la información; perdiendo capacidades de concentración, reflexión y contemplación.

Mientras que Morozov contrapone la supuesta utopía libertaria de la Red con el uso que gobiernos autoritarios hacen de ella para minar la democracia o espiar a la

---

<sup>1</sup> Castells, Manuel. *La era de la información*. México DF: Siglo XXI, 2001-2002 y *La sociedad red*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

<sup>2</sup> Mathiesen, Kay. "The Human Right to Internet Access: A Philosophical Defense" [en línea]. *International Review of Information Ethics*, 2012, 18, pp. 9-22. <[http://www.i-r-i-e.net/inhalt/018/018\\_full.pdf](http://www.i-r-i-e.net/inhalt/018/018_full.pdf)> [18 junio 2014].

<sup>3</sup> Díez Gutiérrez, Enrique Javier. "Tecnologías de la Información, ¿motor de participación o de dominación?" [en línea]. *International Review of Information Ethics*, 2012, 18, p. 102. <[http://www.i-r-i-e.net/inhalt/018/018\\_full.pdf](http://www.i-r-i-e.net/inhalt/018/018_full.pdf)> [18 de junio de 2014].

<sup>4</sup> Carr, Nicholas. *Superficiales: ¿Qué está haciendo Internet con nuestras mentes?*. Madrid: Taurus, 2011.

<sup>5</sup> Morozov, Evgeny, *El desengaño de internet: los mitos de la libertad en la red*. Barcelona: Destino, 2012.

población (al margen del uso banal que muchos usuarios hacen en sus búsquedas que no inciden precisamente en avances sociales o políticos).

En todo caso, como señala Mathiesen<sup>6</sup>:

Many of the techniques used by governments to shore up their power using the Internet are contrary to the human right to the Internet [...] Such activities as filtering, blocking, forced removal of content, hacking attacks, and restrictions on Internet access are all forms of censorship of Internet content. This is contrary to the obligation of states to respect the human right of persons to freely access Internet content. Other activities, such as surveillance of Internet activity and disallowing anonymous posting produce a “chilling effect” on on-line speech, and, thus, also violate the human right to freely communicate via the Internet. Furthermore, such invasions of privacy violate the human right to privacy listed in the Universal Declaration of Human Rights (Art. 12).

Por tanto, constatamos la ambivalencia en lo referente a Internet y las redes sociales entre los dos extremos que representan 1) la utopía tecnológica del libre acceso a la información para todos y 2) la vía de dominación y vigilancia. Por ello las críticas a Internet señalan puntos débiles y vías por las que avanzar en el desarrollo de sociedades más libres y democráticas y no meros impedimentos para el uso de las TICs<sup>7</sup>.

Parafraseando al escritor checo Milan Kundera afirmamos que “La persona que pierde su intimidad, lo pierde todo”, lo cual nos permite adentrarnos en la dimensión ética de la privacidad. Todo ser humano está dotado de dignidad y derechos (como establece la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos); es decir, la dignidad de la persona como ser humano portador de derechos se da por el mero hecho de haber nacido. En palabras de Séneca “Homo homini sacra res” (“El hombre es una cosa sagrada para el hombre”), esto es: el humanismo como base de la consideración moral del ser humano, para lo cual es necesario el respeto que implica la consideración de las decisiones que toman las personas y el establecimiento de campos en los que nadie debe entrar (por ejemplo, acceso a datos personales) sin su consentimiento explícito.

---

<sup>6</sup> Mathiesen, Kay. “The Human Right...”, p. 18.

<sup>7</sup> Véase al respecto el documental: *Ojo con tus datos* [en línea]. En *Documentos TV*, fecha de difusión 29 de diciembre de 2013, duración: 55:33. <<http://www.rtve.es/alacarta/videos/documentos-tv/documentos-tv-ojo-tus-datos/2270048/>> [15 junio 2014].

## 2. La dignidad del ser humano

Virginia Shea, una de las primeras “gurús” de Internet, estableció un listado de reglas para el buen comportamiento de los usuarios de Internet, la primera de ellas era precisamente “Remember the human”, es decir, el respeto debido a los demás seres humanos, lo cual además de hacerlo en cualquier faceta de la vida, podemos y debemos aplicarlo a su uso en la Red<sup>8</sup>.

El profesor emérito de Bibliotecología Paul Sturges propone los siguientes aspectos como integrantes del sentido de propiedad que el ser humano tiene sobre algunos aspectos de su vida<sup>9</sup>:

- Soledad: la posesión de un espacio alrededor de uno mismo.
- Anonimato: la propiedad del nombre propio y de detalles sobre uno.
- Modestia corporal: la propiedad del propio cuerpo.
- Integridad psicológica: la propiedad de los contenidos y trabajos de la propia mente.
- Confidencialidad: la propiedad de la información sobre uno mismo que ha tenido que ser compartida con alguien más (o alguna otra organización); lo que incluye la capacidad para evitar la lectura, copia o almacenamiento de información por otras personas diferentes a aquellas con quien fue originalmente compartido.

En lo referente a la confidencialidad, el sociólogo del MIT (Massachusetts Institute of Technology) Gary T. Marx nos recuerda que las cuestiones de la información son fundamentalmente sociales, puesto que se refiere no a la revelación o creación inicial de la información, sino a la expectativa de que la información personal (una vez que es legítimamente conocida por otros) será tratada adecuadamente (mantenida en secreto o compartida de acuerdo a determinadas reglas). Además, el mismo autor habla de “decisional privacy” para analizar las cuestiones relacionadas con el comportamiento humano; al considerar la privacidad como acceso a la persona<sup>10</sup>.

Llegamos así a la necesaria dimensión ética de la privacidad en la Red, al considerar al ser humano como el elemento central del análisis, como sujeto autónomo

---

<sup>8</sup> Shea, Virginia. *Netiquette*. San Francisco: Albion Books, 1994.

<sup>9</sup> Sturges, Paul. “Remember the human: the first rule of netiquette, librarians and the Internet” [en línea]. *Online Information Review*, 2002, 26, 3, p. 211. <<http://www.emeraldinsight.com/journals.htm?issn=1468-4527&volume=26&issue=3&articleid=862185&show=html>> [10 noviembre 2016].

<sup>10</sup> Marx, Gary T. “On privacy” [en línea]. *Progressive Librarian*, 2006, 27, pp. 25-26. <[http://progressivelibrariansguild.org/PL\\_Jnl/pdf/PL27\\_summer2006.pdf](http://progressivelibrariansguild.org/PL_Jnl/pdf/PL27_summer2006.pdf)> [15 junio 2014].

moral con derecho a su propia identidad y a decidir acerca de ella (así como a cambiar, mejorar, variar...), lo que implica necesariamente el control sobre su privacidad en sentido amplio. Dentro de la dignidad de todo ser humano es evidente la necesidad de poder controlar de manera efectiva todo aquello que afecta a la intimidad personal, o mejor a la privacidad en general; incluyendo lo que se ha denominado “El derecho al olvido” o “El derecho al borrado”.

### **3. David contra Goliat: un estudio de caso**

Tras haber fijado el marco de la privacidad en el seno de la ética de la información y la documentación, así como su importancia en la sociedad actual; es útil que avancemos mediante el análisis de un conocido caso que ha tenido cierta repercusión mediática en España en los últimos años.

La metáfora bíblica de David luchando contra el gigante Goliat ilustra muy bien lo que vamos a presentar a continuación, un hombre solo (bueno no tan solo, con apoyo institucional) luchando contra uno de los grandes poderes económicos de nuestro tiempo, el más importante de los buscadores: el caso del ciudadano español Mario Costeja González contra Google.

Mario Costeja es un abogado y perito calígrafo judicial radicado en la ciudad de La Coruña que recurrió a la Agencia Española de Protección de Datos (tras la negativa del buscador a retirar información personal) para que Google dejara de indexar un viejo anuncio sobre una subasta de bienes embargados por una deuda de la Seguridad Social (contraída en los años noventa al divorciarse de su esposa). Ese anuncio fue publicado por el diario barcelonés La Vanguardia en 1998, que digitalizó su hemeroteca y cuando estuvo accesible en Internet Google incluyó esa información y esa persona seguía apareciendo como deudor. El caso llegó a la Audiencia Nacional española que elevó una consulta prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea radicado en Luxemburgo.

Costeja se endeudó con la Seguridad Social lo que ocasionó que sus bienes fueran subastados y el Ministerio de Trabajo ordenó que dicha subasta fuera anunciada en el citado diario La Vanguardia; esa es la fuente que Google utilizó para recuperar el nombre de esa persona. Se trata de una deuda ya saldada por lo que recibió el apoyo de la AEPD (argumentando que el embargo de bienes ya estaba solucionado y que el tema ya no tenía relevancia hoy en día, si bien sí debía conservarse el anuncio original en el diario barcelonés) que solicitó a Google la retirada de dicha información, decisión que

el buscador reclamó ante la Audiencia Nacional<sup>11</sup>.

Google recurrió la decisión de la AEPD (Agencia Española de Protección de Datos) ante la Audiencia Nacional argumentando que la modificación debería corresponder a la fuente (el periódico) y que si eliminaba información estaba contraviniendo la libertad de expresión. La Audiencia Nacional preguntó al Tribunal de la UE si Costeja tenía derecho a exigir la no indexación de la información por parte del buscador y si la directiva comunitaria sobre protección de datos se podía aplicar a este caso dado que la sede de Google se encuentra en Estados Unidos (por lo tanto, fuera de la UE).

El abogado general del Tribunal de Justicia de la UE se pronunció, mediante un dictamen emitido en junio de 2013, favorablemente a Google, denegando el derecho del interesado a que el buscador eliminase la información que le afectaba, al considerar que la indexación no era lo mismo que el tratamiento de los datos de que habla tanto la directiva europea como la ley de datos personales española. En todo caso deberían ser las propias webs las que eliminasen la información (derecho de cancelación o rectificación) o proveer sistemas que impidiesen que los buscadores indexasen ese contenido<sup>12</sup>.

Por lo tanto, hasta el verano de 2013 la lucha de Costeja por conseguir su derecho al olvido tenía todo en contra:

- La máquina de la burocracia gubernamental que actuaba con lentitud.
- La justicia que se enmarañaba de tribunal en tribunal.
- Los recovecos de las distintas instituciones o empresas por las que había pasado la información que deseaba eliminar.
- La ambigüedad en la legislación que no dejaba perfectamente claro si una empresa con sede en un país extracomunitario estaba sujeta a las normas europeas y españolas.
- Los grandes recursos con que contaba un gigante informático como Google con capacidad económica para desplegar medios humanos y materiales en litigios ante los tribunales.
- La supuesta merma al derecho a la libertad de información que podría suponer la

---

<sup>11</sup> Castedo, Antía. “Google no quiere olvidar” [en línea]. *Elpais.com*, 29 de junio de 2013. <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/29/actualidad/1372536798\\_621111.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/29/actualidad/1372536798_621111.html)> [14 mayo 2014].

<sup>12</sup> Gómez, Rosario G., El País. “La justicia de la UE da la razón a Google sobre el derecho al olvido en Internet” [en línea]. *Elpais.com*, 25 de junio de 2013. <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/25/actualidad/1372142902\\_959606.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/25/actualidad/1372142902_959606.html)> [22 junio 2016].

eliminación de esa información.

#### **4. La importancia de ser Mario (sin quererlo)**

En este punto cabe preguntarse sobre la importancia de este caso. Veamos algunos aspectos que inciden precisamente en su interés. En primer lugar, se trata de un caso mediático, recogido en el documental del programa *Documentos TV* al que hemos hecho mención más arriba, en distintos noticieros, así como en diarios, no sólo españoles sino también de otros países.

En segundo lugar, es un ejemplo de otros casos similares que se puedan estar dando. Así la Agencia Española de Protección de Datos estaba tratando en ese país unos 220 casos más que estaban pendientes de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE<sup>13</sup>.

En tercer lugar, la sentencia sentaría jurisprudencia (en el primer bloque económico del mundo y sobre una población de unos 500 millones de habitantes) sobre el particular, al determinar si el buscador era responsable del tratamiento de los datos que indexa, si Google tenía que responder ante las legislaciones de otros países que no sean Estados Unidos y si se precisaría el alcance y las condiciones del derecho al olvido.

En cuarto lugar, es una muestra de las relaciones entre lo local y lo global, al poner de manifiesto las dificultades para exigir derechos localmente, frente a la actuación global de grandes corporaciones.

En quinto lugar, muestra las “argucias legales” del gran gigante y los grandes recursos que puede aportar para defender jurídicamente sus intereses; así como el control efectivo que tienen sobre la vida y la reputación de millones de personas. Frente a ello se encuentra un mero ciudadano de a pie, una persona normal y corriente que lucha contra los grandes poderes.

En sexto lugar, porque muestra el poder que esas grandes corporaciones tienen hoy en día en nuestra vida cotidiana. Hay un cierto sentido quijotesco en la lucha desigual contra las actuales aspas de los molinos movidos por el viento (motores de búsqueda movidos por la información entendida como fuente de meros beneficios económicos). Parafraseando un breve artículo en “Wired” podemos afirmar que somos

---

<sup>13</sup> Fariza, Ignacio; Gómez, Rosario G. “La UE obliga a Google a retirar enlaces con información lesiva” [en línea]. *Elpais.com*, 13 de mayo de 2014. <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/05/12/actualidad/1399921965\\_465484.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/05/12/actualidad/1399921965_465484.html)> [16 mayo 2014].

lo que Google dice que somos<sup>14</sup>.

En séptimo lugar, porque se podría convertir en una metáfora del intento de poner freno a la sociedad de vigilancia en que estamos inmersos. Los casos de filtraciones de WikiLeaks o de Edward Snowden que hemos ido conociendo en los últimos años han puesto de manifiesto el control que distintos gobiernos ejercen sobre personas, instituciones u otros gobiernos, violando claramente el derecho a la privacidad establecido en los Derechos Humanos. Ello podía suponer una denuncia y lucha contra la creciente sociedad de la vigilancia a que estamos sometidos y que vamos (en muchas ocasiones acriticamente) tolerando. Las referencias al gran hermano orwelliano son evidentes.

Por último, porque frente a los intereses comerciales de una sociedad capitalista donde lo que importa es el mero beneficio económico a corto plazo el que alguien (sin buscar un interés económico) pretenda recuperar su derecho a controlar su vida y la información que le afecta, nos remite a la dimensión ética del ser humano (que no se vende, ni se compra, ni se cambia... sino que es digno y verdadero cuando desarrolla sus capacidades y toma conciencia de su naturaleza humana, no como mera mercancía sino como un ser dotado de dignidad).

En fin, el fallo del tribunal de la UE sentaría jurisprudencia sobre un tema de vital importancia (dado el papel de Google en nuestras vidas) pues si bien hasta entonces se consideraba que eran los editores de las páginas web los que tenían que responder de sus contenidos y recurrir a ellos para poder ejercer los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), a partir de la sentencia podría ser el propio buscador el responsable de los datos de tipo personal que maneja.

Es más, aun cuando muchas personas no hayan realizado ninguna acción específica para intentar retomar el control sobre los datos personales que sobre ellos pululan por la Red, muchos muestran su preocupación o interés por el tema. Así, según una encuesta de 2010 en EE.UU. el 94% de los adultos sentían que pasado un tiempo una persona debía tener la capacidad de borrar información personal mantenida en motores de búsqueda, sitios de redes sociales y compañías comerciales<sup>15</sup>.

Una de las paradojas de este caso es que precisamente la gran repercusión

---

14 “You Are What Google Says You Are” [en línea]. *Wired*, 11 de febrero de 2009. <<http://www.wired.com/2009/02/you-are-what-go/>> [Fecha de consulta: 17-6-2014].

15 Ambrose, Meg Leta. “You Are What Google Says You Are: The Right to be Forgotten and Information Stewardship” [en línea]. *International Review of Information Ethics*, 2012, 17, p. 22. <[http://www.i-r-i-e.net/inhalt/017/017\\_full.pdf](http://www.i-r-i-e.net/inhalt/017/017_full.pdf)> [5 junio 2014].

mediática producida ha originado el efecto contrario al deseado, que Mario Costeja sea conocido y que la información que quería rectificar y hacer olvidar se haya difundido como difícilmente podría haberlo sido de otra manera. Si bien, el propio afectado ha mencionado que ha gastado dinero en todo el procedimiento, que no está interesado en obtener un lucro personal y que no desea aparecer en los medios de comunicación.

Dejemos aquí el caso, que resolveremos más adelante, para profundizar un poco más en el concepto y naturaleza de la privacidad y cómo ha sido abordado por varios autores que han tenido interés en analizar el tema.

## 5. Definición y alcance del término privacidad

Podemos definir privacidad como<sup>16</sup>: “[...] una libertad positiva de ejercer un derecho de control sobre los datos referidos a la propia persona, que han salido ya de la esfera de la intimidad para convertirse en elemento de un archivo privado o público.”

Nótese la importancia de la palabra “control”, pues como veremos con posterioridad es precisamente eso lo que muchos usuarios han perdido en relación con sus datos y el manejo de los mismos. Naturalmente no indica que la información no pueda ser compartida, sino que la persona tiene la potestad de controlar la comunicación de la información.

El análisis de la privacidad hay que realizarlo en términos sociales. Por lo tanto, hay que tener en cuenta que los roles sociales estructuran el tratamiento de la información y que eso normalmente está relacionado con cuestiones de poder. La estratificación social determina las reglas relacionadas con quién puede recoger información personal, qué se puede recoger, en qué condiciones, cómo se puede usar y por quién<sup>17</sup>.

La privacidad y la publicidad son dos extremos de una misma cuerda, lo importante es ser capaces de determinar en cada circunstancia qué es más importante y dónde debemos situar los límites. La privacidad es además un término multifacético que hay que entender en su contexto. No es lo mismo la publicación de cualquier información de la Administración Pública (que debe ser la norma general), que el establecimiento de limitaciones en algunas circunstancias (por ejemplo, cuando hay información personal de ciudadanos).

---

<sup>16</sup> Joyanes Aguilar, L. *Cibersociedad: los retos sociales ante un nuevo mundo digital*. Madrid: McGraw Hill, 1997.

<sup>17</sup> Marx, Gary T. “On privacy...”, pp. 24-25.

La publicidad en nuestro campo de análisis nos lleva irremisiblemente a considerar la relación con la libertad de información. En principio se podrían considerar términos antagónicos, como así ha sido puesto de manifiesto, incluso se ha podido utilizar la privacidad para negar el derecho de acceso a la información.

Sin embargo, consideramos que son más bien complementarios, incluso indisolubles en algunas circunstancias, pues si no existe la garantía de que la información a la que accede una persona o los datos personales propios no van a ser distribuidos o conocidos sin su permiso, difícilmente se sentirá “libre” para poder opinar o pensar de acuerdo a su conciencia. Por lo tanto, el control de la privacidad y la libertad de información son elementos que en muchos casos resultan necesarios, dos principios de la profesión que se complementan.

En el extremo opuesto, es cierto, que la privacidad o el anonimato pueden ser utilizados como máscara para violar la privacidad de los demás, controlar la información a la que otros acceden... puede ser utilizada para atacar o denigrar a otros, como los mensajes anónimos insultantes o irrespetuosos, que pueden causar un daño psicológico.

## 6. La protección de datos

Es de interés profundizar un poco más en la privacidad como un derecho fundamental autónomo, que podemos considerar además como garante de otros derechos. Como casi todos en su clase, la protección de datos es considerada como un derecho fundamental autónomo en sí mismo y también como garante de otros derechos como la libertad de expresión.

Frente a la posible colisión entre el derecho a la protección de datos y el ejercicio de otros derechos fundamentales como el derecho a la libertad de expresión o de información se hace necesario un justo equilibrio para evitar la posible incompatibilidad.

Llegados a este punto es útil considerar una serie de principios de la protección de los datos personales<sup>18</sup>:

- Lealtad: los datos no pueden recogerse mediante procedimientos desleales o

---

<sup>18</sup> Según Lucas Murillo de la Cueva (1990), tomado literalmente de: Fernández Molina, Juan Carlos. “Los aspectos éticos en la formación de los profesionales de la información” [en línea]. *Revista de Investigación Iberoamericana en Ciencia de la Información y Documentación*, 2000, I, 2. <<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/multidoc/publicaciones/journal/pdf/aspectos-eticos.pdf>> [12 junio 2014].

ilícitos.

- Exactitud: el responsable de la base de datos tiene la obligación de comprobar la exactitud de los datos registrados y de asegurar su puesta al día.
- Pertinencia: los datos recogidos y registrados deben estar relacionados con la finalidad perseguida.
- Utilización no abusiva: los datos no pueden utilizarse para fines distintos a los declarados.
- Derecho al olvido: el tiempo durante el que se conservan los datos no puede exceder del necesario para conseguir la finalidad para la que fueron recogidos.
- Publicidad: es necesario mantener un registro público de las bases de datos que contengan información personal.
- Acceso individual: cualquier persona tiene derecho a conocer si datos que le conciernen son objeto de tratamiento informatizado y, si así fuera, a obtener copia de ellos. Si fuesen erróneos o inexactos o se hubiesen registrado ilegalmente, el titular del derecho puede obtener la rectificación o destrucción.
- Seguridad: deben adoptarse medidas adecuadas para garantizar la seguridad tanto física como lógica de las bases de datos.

Además, los datos personales deben ser protegidos de acuerdo a una serie de principios del derecho<sup>19</sup>: consentimiento del interesado, información por parte del interesado, finalidad legítima, calidad de los datos (especialmente proporcionalidad), seguridad, utilización leal de los datos, minimización en el uso de los datos y control independiente (por ejemplo, a través de la AEPD). Todos esos principios sólo son efectivos si se da el correspondiente reconocimiento, garantía y tutela de los derechos ARCO. Todo ello basándose en que quien trata datos personales, trata datos ajenos, no propios. Por lo tanto, basándose en la dignidad de las personas, se debe informar a los interesados a la hora de recabar datos propios.

## 7. Estudio empírico sobre privacidad y seguridad en línea

Para profundizar en el análisis, consideramos de gran interés conocer algunos datos obtenidos en estudios de campo sobre anonimato, privacidad y seguridad en línea. El estudio que hemos considerado de mayor interés fue el llevado a cabo por el *Pew*

---

<sup>19</sup> Piñar, José Luis. "Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro". En Lucas Murillo de la Cueva, Pablo y Piñar Mañas, José Luis. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 101 y ss.

*Research Center* sobre el Proyecto Internet realizado por la Universidad Carnegie Mellon de Estados Unidos publicado en septiembre de 2013, cuya metodología consistió en la realización de entrevistas telefónicas (en inglés y en Estados Unidos) a 1.002 personas mayores de edad entre el 11 y el 14 de julio de 2013. Condensamos la principal información de dicho informe, en traducción propia<sup>20</sup>:

- El 86% de los usuarios de internet encuestados han intentado minimizar (borrar o enmascarar) la visibilidad de sus huellas digitales; medidas como limpiar las cookies, encriptar su correo-e, evitar usar su nombre o enmascarar las direcciones IP.
- El 59% creen que no es posible ser completamente anónimo en línea, frente al 37% que piensa lo contrario.
- El 55% han tomado medidas para evitar la observación de otras personas, organizaciones o el Gobierno.
- El 68% cree que las leyes actuales no son suficientes para proteger la privacidad de la gente en línea, mientras que el 24% cree que sí.

En lo referente a cuestiones de seguridad, es muy significativo el número de usuarios de Internet que manifiestan haber sufrido problemas debido al robo de información personal o debido a la exposición de datos personales; con bastantes casos de acoso, vigilancia e incluso robo. Veamos:

- El 21% habían sufrido secuestros de cuentas de correo-e o de redes sociales.
  - El 13% habían tenido problemas con familiares o amigos por información que habían publicado en la Red.
  - El 12% habían sido vigilados o acosados.
  - El 11% habían sufrido el robo de información vital, como números de Seguridad Social, datos de cuentas bancarias o tarjetas de crédito.
  - El 6% habían sido víctimas de estafas y pérdidas de dinero.
  - El 6% habían visto afectada su reputación por algo que sucedió en línea.
  - El 4% habían estado en peligro físico por algo que sucedió en línea.
- El 1% habían perdido una oportunidad de trabajo (o educativa) por algo que publicaron en la Red o que alguien publicó sobre ellos.

De todo ello podemos concluir la preocupación de los usuarios por los temas

---

<sup>20</sup> *Anonymity, Privacy, and Security Online* [en línea]. September 2013 <<http://pewinternet.org/Reports/2013/Anonymity-online.aspx>> [2 julio 2014].

relacionados con su privacidad en Internet, la desconfianza hacia las leyes y cómo se han visto obligados a tomar medidas de tipo “personal” para proteger su privacidad. Nótese igualmente que se ha aceptado (¿tiene que ser necesariamente así?) que no es posible ser completamente anónimo en Internet.

A la gente le gustaría controlar su información, dicen que es muy importante para ellos que sólo ellos o las personas a quienes autoricen tengan acceso a cosas como el contenido de sus correos-e, las personas a las que envían esos correos, el lugar en que se encuentran cuando están en línea o el contenido de los ficheros que descargan.

## 8. Los retos sobre privacidad

Antes de abordar el desenlace del caso de Mario Costeja, vayamos cerrando este texto con la enumeración de los retos que es necesario acometer en lo referente a la privacidad en la sociedad de la información hoy en día.

Los gobiernos autoritarios han utilizado (y utilizan) frecuentemente recursos para imponer la censura en Internet. Franke demuestra (a partir de la teoría basada en los derechos y en el utilitarismo) que los argumentos utilizados por dichos gobiernos para justificar su actuación (la protección de la autoridad política y el mantenimiento del bien público) no tienen una justificación de tipo moral<sup>21</sup>.

Piñar establece los retos que debe afrontar la protección de datos<sup>22</sup>:

1. Las nuevas tecnologías pueden invadir la privacidad personal hasta términos inauditos.
2. La seguridad ciudadana: utilización de los atentados terroristas para acceder a datos personales y controlar la vida de los ciudadanos imponiendo restricciones.
3. La relación con la transparencia y el acceso a la información: frente a la posible contraposición y a la necesidad de defender la transparencia, hay que considerar que una de las excepciones es el derecho de acceso a la información que afecte a la intimidad de las personas.
4. Las necesidades y exigencias del mercado.
5. La necesidad de revisar gran parte de los planteamientos de la protección de datos en un mundo globalizado en el que la circulación y flujo de datos son

---

<sup>21</sup> Franke, Ulrik. “Disconnecting digital networks: A moral appraisal” [en línea]. *International Review of Information Ethics*, 2012, 18, pp. 23-29. <[http://www.i-r-i-e.net/inhalt/018/018\\_full.pdf](http://www.i-r-i-e.net/inhalt/018/018_full.pdf)> [17 abril 2014].

<sup>22</sup> Piñar, José Luis. “Protección de datos...”, p. 140 y ss.

absolutamente ajenos a las fronteras físicas convencionales.

Otro tema cuyo estudio puede ser de especial interés es el del análisis de la moralidad de comportamientos que hemos visto en los últimos años en relación con las filtraciones de información gubernamental secreta protagonizadas por personajes como Julian Assange y Wikileaks, Bradley (Chelsea) Manning y Edward Snowden, a la vista de cómo se han infringido las normas de los centros en los que trabajaban (en el caso de Manning o Snowden) y si han podido poner en peligro la estabilidad y la seguridad públicas (Assange). Nuestra postura es clara en la defensa de la utilidad, moralidad y licitud de su proceder por considerar el efecto positivo que ha tenido conocer dicha información que venía a denunciar prácticas irregulares o ilegales de los gobiernos, así como graves violaciones de Derechos Humanos<sup>23</sup>.

En lo referente a las redes sociales, las cuestiones que tienen que ver con la privacidad son de candente actualidad. Es evidente que en muchas ocasiones sus usuarios no son plenamente conscientes de los peligros que corren al interactuar en esos medios, o no se paran a analizar el destino y uso de la información personal que facilitan o permiten obtener.

## 9. El desenlace: Mario contra Google

Conviene ya aclarar el caso que estamos analizando. Un diario español anunciaba el fallo con el siguiente titular “La UE obliga a Google a retirar enlaces con información lesiva” estableciendo los límites<sup>24</sup>.

Queda de esta manera fijado el derecho de rectificación para la Unión Europea a través de esta sentencia. En realidad, habría que analizar caso por caso (como hace la AEPD), pues pueden entrar en conflicto el derecho a la libertad de información y la protección de datos. En el momento de la publicación de la sentencia existían otros 220 casos avalados por la AEPD, institución que se mostraba satisfecha con el fallo.

El conocido crítico de Internet Evgeny Morozov opina sobre la sentencia y la supuesta colisión entre el derecho al olvido y el derecho a saber (uno de los argumentos de Google para negarse a reconocer el derecho de los usuarios a ejercer el control sobre sus datos personales) que el autor considera una excusa de la compañía para evitar tomar medidas que podrían dañar su modelo de negocio al no poder acceder libremente

---

<sup>23</sup> Spence, Eduard H. “Government Secrecy, the Ethics of Wikileaks, and the Fifth Estate” [en línea]. *International Review of Information Ethics*, 2012, 17, pp. 37-45. <[http://www.i-r-i-e.net/inhalt/017/017\\_full.pdf](http://www.i-r-i-e.net/inhalt/017/017_full.pdf)> [10 septiembre 2016].

<sup>24</sup> Fariza, Ignacio; Gómez, Rosario G. “La UE obliga...”.

a cualquier información de forma gratuita.

En definitiva, frente a las veladas acusaciones de Google de que el derecho al olvido (en la práctica una forma de regular su negocio) puede suponer un tipo de censura, Morozov señala que Google viola constantemente el derecho a saber cuando retira contenidos a solicitud de algunos proveedores de contenidos (como compañías discográficas o estudios de cine).

## **10. Conclusiones y reflexiones finales**

A modo de conclusión podemos indicar los principales retos a los que se enfrentan las sociedades desarrolladas actuales en cuestiones de privacidad, así como algunas líneas y tendencias de investigación.

En primer lugar, hemos de reseñar la necesidad de luchar contra la intromisión de gobiernos autoritarios o incluso “democráticos” con la excusa de la seguridad. Podemos destacar aquí el caso de la famosa “Patriot Act” aprobada en 2001 en Estados Unidos y en contra de la cual tuvo un papel destacado la American Library Association; así como la Directiva de la Unión Europea de 2006 que obligaba a empresas de telefonía y de comunicaciones electrónicas a retener datos de intercambio de comunicación por motivos de seguridad.

En segundo lugar, es necesario que los usuarios y consumidores tomen conciencia de sus derechos y los límites de éstos en su trato con empresas. En tercer lugar, hay que considerar los peligros de las nuevas tecnologías que pueden invadir la privacidad de las personas hasta términos desconocidos, pudiéndose llegar a la vigilancia total o la pérdida del derecho a la privacidad.

En cuarto lugar, es necesario buscar el justo medio entre privacidad y transparencia. La aparente contradicción realmente no es tal, pues la privacidad (la información que afecta a la intimidad de las personas) es precisamente una de las excepciones que se pueden considerar al derecho de acceso.

En quinto lugar, se hace precisa la toma de conciencia de los peligros del ocultamiento de identidades en las redes sociales y la carencia de honestidad. En sexto lugar, es igualmente necesario tomar conciencia sobre la cesión del control de nuestra privacidad, especialmente en las redes sociales.

Además, en lo que respecta a la legislación y la Administración Pública es preciso: 1) Reconocer el derecho al olvido. 2) Dotarse de organismos independientes que velen por los derechos de los usuarios y los consumidores. 3) Crear mecanismos

ágiles para las reclamaciones. 4) Mejorar la administración de justicia con el fin de que sirva para defenderse de las intromisiones a la intimidad.

En fin, como señala el filósofo esloveno Zizek defendiendo la actuación de aquellos, como Snowden o Manning, que han destapado con datos concretos la actuación de los gobiernos de países como Estados Unidos<sup>25</sup>:

He aquí dos palabras clave: extracción y control. Para administrar una nube es preciso un sistema de vigilancia que controle su funcionamiento, y que, por definición, está oculto a los usuarios. Cuanto más personalizado está el Smartphone que tengo en la mano, cuanto más fácil y “transparente” es su funcionamiento, más depende de un trabajo que están haciendo otros, en un vasto circuito de máquinas que coordinan las experiencias de usuarios. Cuanto más espontánea y transparente es nuestra experiencia, más regulada está por la red invisible que controlan organismos públicos y grandes empresas con sus secretos intereses.

De lo que el autor deduce que hemos de recuperar el sentido kantiano del uso público de la razón (libre), es decir, aquel que no está limitado por intereses particulares (como los del Estado). En fin, que se necesita una nueva ética para esta era de la sociedad de la información.

### Referencias Bibliográficas

- Ambrose, Meg Leta. “You Are What Google Says You Are: The Right to be Forgotten and Information Stewardship” [en línea]. *International Review of Information Ethics*, 2012, 17, pp. 21-30. <[http://www.i-r-i-e.net/inhalt/017/017\\_full.pdf](http://www.i-r-i-e.net/inhalt/017/017_full.pdf)> [5 junio 2014].
- Anonymity, Privacy, and Security Online* [en línea], september 2013 <<http://pewinternet.org/Reports/2013/Anonymity-online.aspx>> [2 julio 2014].
- Carr, Nicholas. *Superficiales: ¿Qué está haciendo Internet con nuestras mentes?*. Madrid: Taurus, 2011.
- Castedo, Antía. “Google no quiere olvidar” [en línea]. *Elpais.com*, 29 de junio de 2013. <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/29/actualidad/1372536798\\_62111.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/29/actualidad/1372536798_62111.html)> [14 mayo 2014].
- Castells, Manuel. *La era de la información*. México DF: Siglo XXI, 2001-2002.

---

<sup>25</sup> Zizek, Slavoj. “Defendernos del control digital: hace falta una nueva ética para esta era. Necesitamos Snowdens y Mannings en China, en Rusia, en todas partes, para combatir la disminución gradual de lo que Kant llamó el ‘uso público de la razón’”. *El País*, 19 de septiembre de 2013, p. 29.

- *La sociedad red*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- Díez Gutiérrez, Enrique Javier. “Tecnologías de la Información, ¿motor de participación o de dominación?” [en línea]. *International Review of Information Ethics*, 2012, 18, pp. 101-107. <[http://www.i-r-i-e.net/inhalt/018/018\\_full.pdf](http://www.i-r-i-e.net/inhalt/018/018_full.pdf)> [18 de junio de 2014].
- Fariza, Ignacio; Gómez, Rosario G. “La UE obliga a Google a retirar enlaces con información lesiva” [en línea]. *Elpais.com*, 13 de mayo de 2014. <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/05/12/actualidad/1399921965\\_465484.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/05/12/actualidad/1399921965_465484.html)> [16 mayo 2014].
- Fernández Molina, Juan Carlos. “Los aspectos éticos en la formación de los profesionales de la información” [en línea]. *Revista de Investigación Iberoamericana en Ciencia de la Información y Documentación*, 2000, I, 2. <<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/multidoc/publicaciones/journal/pdf/aspectos-eticos.pdf>> [12 junio 2014].
- Franke, Ulrik. “Disconnecting digital networks: A moral appraisal” [en línea]. *International Review of Information Ethics*, 2012, 18, pp. 23-29. <[http://www.i-r-i-e.net/inhalt/018/018\\_full.pdf](http://www.i-r-i-e.net/inhalt/018/018_full.pdf)> [17 abril 2014].
- Gómez, Rosario G.; El País. “La justicia de la UE da la razón a Google sobre el derecho al olvido en Internet”[en línea]. *Elpais.com*, 25 de junio de 2013. <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/25/actualidad/1372142902\\_959606.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/25/actualidad/1372142902_959606.html)> [22 junio 2016].
- Joyanes Aguilar, L. *Cibersociedad: los retos sociales ante un nuevo mundo digital*. Madrid: McGraw Hill, 1997.
- Marx, Gary T. “On privacy” [en línea]. *Progressive Librarian*, 2006, 27, pp. 23-30. <[http://progressivelibrariansguild.org/PL\\_Jnl/pdf/PL27\\_summer2006.pdf](http://progressivelibrariansguild.org/PL_Jnl/pdf/PL27_summer2006.pdf)> [15 junio 2014].
- Mathiesen, Kay. “The Human Right to Internet Access: A Philosophical Defense” [en línea]. *International Review of Information Ethics*, 2012, 18, pp. 9-22. <[http://www.i-r-i-e.net/inhalt/018/018\\_full.pdf](http://www.i-r-i-e.net/inhalt/018/018_full.pdf)> [18 junio 2014].
- Morozov, Evgeny, *El desengaño de internet: los mitos de la libertad en la red*. Barcelona: Destino, 2012.
- Ojo con tus datos [en línea]. En *Documentos TV*, fecha de difusión 29 de diciembre de 2013, duración: 55:33. <<http://www.rtve.es/alacarta/videos/documentos-tv/documentos-tv-ojo-tus-datos/2270048/>> [15 junio 2014].

- Piñar, José Luis. “Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro”. En Lucas Murillo de la Cueva, Pablo y Piñar Mañas, José Luis. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 81-179.
- Shea, Virginia. *Netiquette*. San Francisco: Albion Books, 1994.
- Spence, Eduard H. “Government Secrecy, the Ethics of Wikileaks, and the Fifth Estate” [en línea]. *International Review of Information Ethics*, 2012, 17, pp. 37-45. <[http://www.i-r-i-e.net/inhalt/017/017\\_full.pdf](http://www.i-r-i-e.net/inhalt/017/017_full.pdf)> [10 septiembre 2016].
- Sturges, Paul. “Remember the human: the first rule of netiquette, librarians and the Internet” [en línea]. *Online Information Review*, 2002, 26, 3, pp. 209-216. <<http://www.emeraldinsight.com/journals.htm?issn=1468-4527&volume=26&issue=3&articleid=862185&show=html>> [10 noviembre 2016].
- “You Are What Google Says You Are” [en línea]. *Wired*, 11 de febrero de 2009. <<http://www.wired.com/2009/02/you-are-what-go/>> [17 junio 2014].
- Zizek, Slavoj. “Defendernos del control digital: hace falta una nueva ética para esta era. Necesitamos Snowdens y Mannings en China, en Rusia, en todas partes, para combatir la disminución gradual de lo que Kant llamó el ‘uso público de la razón’”. *El País*, 19 de septiembre de 2013, p. 29.

# **COMUNICACIONES**



I. SISTEMAS E INSTRUMENTOS  
DE PROTECCIÓN INTERNACIONALES



# DESAFÍOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS\*

## CHALLENGES OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Karen G. Añaños Bedriñana  
*Universidad de Granada (UGR) España*

**Resumen:** El sistema interamericano de protección de derechos humanos (SIDH), no ajeno al nuevo contexto global, debe superar una serie de obstáculos y enfrentarse a situaciones nuevas y complejas. En ese sentido, viene experimentando una serie de cambios, con el propósito de convertirse en un sistema más eficaz y moderno, en beneficio de todas las personas que habitan en el continente americano.

La presente comunicación identifica los desafíos que, de cara al futuro, debe hacer frente el Sistema, llegando a la conclusión de que estos desafíos son tanto estructurales, y técnicos.

Los primeros, se deben afrontar de forma prioritaria, porque ponen en cuestión la propia existencia del SIDH. Se trata de aspectos relacionados con la fiscalización de sus sentencias y la falta de un sistema de sanciones, la escasez de recursos económicos y la evolución del *locus standi* a *jus standi*.

Respecto a los técnicos, hay que plantearse su perfeccionamiento, así como que no dependan del Sistema, sino de los propios Estados. Asimismo, se debe abordar su "fragmentación", por la falta de ratificaciones de la Convención Americana, pero también una redefinición de funciones de la Comisión Interamericana.

**Palabras clave:** Convención Americana sobre Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Derechos Humanos, Latinoamérica, Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

**Abstract:** The inter-American system of human rights protection (ISHR) no stranger to the new global context, must overcome a series of obstacles and face new and complex situations. In that sense, it has experienced a number of changes, in order to become more effective and modern system for the benefit of all people living in the Americas.

This Communication identifies the challenges of the future; you must face the system, reaching the conclusion that these challenges are both structural, and technical.

The first must be faced as a priority, because they question the very existence of the ISHR. This is the control aspects of their sentences and the lack of a system of sanctions, the lack of economic resources and changes *locus standi* to *jus standi*.

Regarding the technical, we must consider its further development and not depend on the system, but the states themselves. It also must address its "fragmentation" by the lack of ratifications of the American Convention, but also a redefinition of functions of the Inter-American Commission.

**Keywords:** American Convention on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Human rights, Latin America, Inter-American Human Rights System.

---

(\*) Comunicación elaborada en el marco de la tesis doctoral "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Aplicación de Tratados de Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Peruano", calificada sobresaliente *Cum Laude* por unanimidad. Depart. Derecho Constitucional de la UGR. (2015).

## 1. A manera de introducción

El proceso de globalización, la evolución social, los aportes teóricos, la consolidación de los derechos y la propia dinámica del tiempo, traen consigo cambios en todos los niveles, que no son indiferentes en ninguna parte del mundo y, mucho menos, en los sistemas de protección internacional de derechos humanos, como es el caso, del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH).

Sistema, gestado en el marco institucional de la OEA, y cuyo valor radica en la supervisión y vigilancia del respeto de los derechos humanos<sup>1</sup>, junto con la constante búsqueda del afianzamiento democrático de los países, así como en la gobernabilidad, tan necesaria en la región latinoamericana.

Sin embargo, cumplir con su cometido no ha sido una labor fácil, desde su creación el SIDH, ha tenido que hacer frente a múltiples situaciones y problemas, que pasan por afrontar y superar, principalmente, una serie de retos<sup>2</sup>.

En ese sentido, la presente comunicación, se plantea, los principales desafíos que deberá afrontar el Sistema en un futuro próximo, y que hemos denominado: estructurales y técnicos.

A nivel metodológico, la investigación ha sido elaborada desde un enfoque de los derechos humanos, sobre la base del método analítico, y documental.

## 2. Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

### 2.1 Desafíos estructurales o de funcionamiento

Entre los desafíos estructurales, que se han mantenido en el tiempo y merecen una mención especial, pero no entraremos en su estudio, tenemos:

El necesario cambio de postura por parte de los Estados Miembros de la OEA. La soberanía estatal, el principio de no intervención y la garantía de la seguridad nacional como supuestos obstáculos para un sistema de garantía y protección de los DDHH en

---

<sup>1</sup>Cfr. Negro Alvarado, Dante. *Introducción al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos*. Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Buenos Aires: Papeles de Trabajo de la Defensa Pública, n.º 6, 2013. Cfr. Pizzolo, Calogero. “Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani”. En Mezzetti, Luca y Pizzolo, Calogero (a cura di). *Diritto Processuale dei Diritti Umani*. Italia: Maggioli Editore, 2013, pp. 193-285. Cfr. Ventura Robles, Manuel. *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José: Editor Ventura Robles, Manuel, 2007.

<sup>2</sup>Cfr. Faúndez Ledesma, Héctor. “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: retos y perspectivas”. En *Derechos Humanos en el umbral del tercer milenio: retos y proyecciones*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1997.

Latinoamérica. Y la fiscalización de sus sentencias y establecimiento de un sistema de sanciones.

Sin embargo, hay otros dos desafíos que necesitan una atención inmediata, y que en los últimos tiempos ha dado que hablar, nos referimos a:

### **2.1.1. La disposición de recursos económicos propios**

Uno de los problemas de la Comisión y la Corte Interamericana, pasa por superar la escasez de recursos económicos. La Comisión Interamericana, en su *Plan Estratégico (2011-2015)*<sup>3</sup>, publicó su compromiso de mejorar en las diferentes áreas temáticas<sup>4</sup>. No obstante, la eficiencia del sistema interamericano no sólo puede evaluarse, desde una dimensión del resultado, sino también, de forma paralela, desde los medios o recursos, que necesitan para lograr dichos fines.

La labor de la Comisión Interamericana, se refleja por un conjunto de indicadores, que muestran las grandes brechas entre las exigencias que debe hacer frente la Comisión Interamericana y los escasos recursos económicos con los que cuenta<sup>5</sup>. Por ende, es necesario “aumentar los recursos permanentes, destinados a que la Comisión pueda cumplir eficazmente con la tarea encomendada por los Estados de la región de velar por la promoción y protección de los derechos humanos de las y los habitantes de las Américas”<sup>6</sup>.

A modo de ejemplo, en el año 2015, el monto final asignado por la OEA (en millones de dólares), para la Comisión Interamericana, ascendió a US\$5.427.000,00 y para la Corte Interamericana, fue de US\$ 2.661.000,00. Estos ingresos constituyen los ordinarios.

---

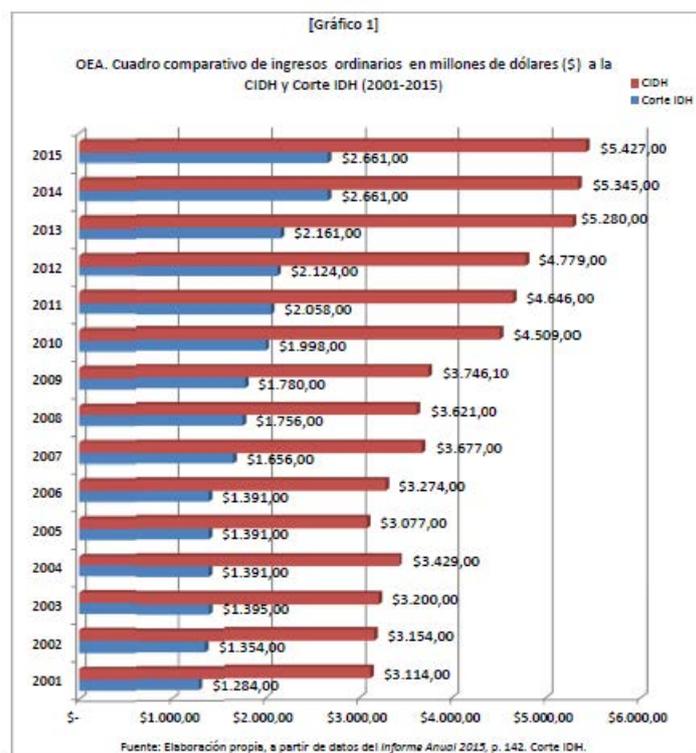
<sup>3</sup>CIDH. *Plan Estratégico 2011-2015. Parte I, 50 años defendiendo los derechos humanos: Resultados y Desafíos* [en línea]. Washington DC: OEA, Enero de 2011, pp. 37-39. <<http://scm.oas.org/pdfs/2011/CP26757S-2.pdf>> [6 agosto 2015].

<sup>4</sup>CIDH. *Informe Anual 2012* [en línea]. Washington DC: OEA, 2012, párr. 24. <<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2012/indice.asp>> [6 agosto 2015].

<sup>5</sup>*Ibidem*, párrs. 25-27.

<sup>6</sup>*Ibidem*, párr. 28.

Gráfico 1.



Ahora bien, además de los ingresos ordinarios que aporta la OEA, tanto la Comisión como la Corte Interamericana, reciben ingresos extraordinarios<sup>7</sup>. Por ejemplo, el año 2013, la Corte recibió más ingresos extraordinarios (contribuciones voluntarias y por cooperación internacional), que ordinarios.

Ingresos del 2013, que cubrieron el 51% de las actividades de la Corte, es decir, es mayor que el aporte ordinario que otorga la OEA, que representa un 49%. Esta situación, paradójicamente, puede conllevar a que la Corte se vea obligada a realizar una extenuante búsqueda de fondos que son esenciales para el funcionamiento regular de la Corte<sup>8</sup>.

En definitiva, el presupuesto de la Corte Interamericana para el año 2013, sumando los ordinarios y extraordinarios, sumó US\$ 5.301.567,47 (millones de dólares).

De acuerdo a las cifras mostradas, el problema también pasa por la necesaria disponibilidad de recursos económicos propios de la Comisión y la Corte

<sup>7</sup> Los ingresos extraordinarios son aportaciones voluntarias de algunos Estados, resultado de la cooperación internacional, de proyectos conjuntos y otras instituciones diversas, como Embajadas, Ministerios, Universidades, etc.

<sup>8</sup>Corte IDH. *Informe Anual. 2013* [en línea]. San José: Corte Interamericana, 2013, p. 80. <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/publicaciones>> [10 septiembre 2015].

Interamericana de Derechos Humanos, que, en un futuro próximo, constituye otro reto muy importante del SIDH.

En la actualidad (2016), estamos sido testigos del grave problema económico que viene afrontando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por el impago de las cuotas de algunos países, que ha generado, prescindir de recurso humano valioso, la no renovación de contratos de trabajo y jubilaciones anticipadas de sus trabajadores. Todo esto a lo único que conlleva es al debilitamiento del SIDH<sup>9</sup>.

Por lo que cabe preguntarse ¿cómo se puede superar este obstáculo, a fin de no recibir ayudas externas, y disponer de recursos propios?

Al respecto, la Corte Interamericana ha planteado el problema de la falta de autonomía, manifestando que esta anómala situación socava la estabilidad presupuestaria e institucional de la Corte, al verse dependiente, ya no sólo de la voluntad de los Estados, sino de otras eventuales alternativas económicas de terceros Estados, que, incluso, son ajenos al SIDH.

Ahora bien, sino existiese este aporte extraordinario, la Corte tendría necesariamente que disminuir sus actividades jurisdiccionales, “minando de manera irreversible la protección de los derechos humanos en las Américas”<sup>10</sup>. La Corte resalta la importancia de que sus fondos provengan, en su gran mayoría, del presupuesto de la OEA, “animando y encomiando a los Estados miembros de la OEA a que consideren la posibilidad de aumentar la partida de recursos ordinarios destinados a esta institución”<sup>11</sup>.

El aumento de la partida presupuestaria por parte de los Estados y un efectivo cumplimiento del mismo, constituiría una alternativa frente a este problema, por cuanto el SIDH, ha sido, y está siendo, un órgano muy efectivo en la defensa y protección de los derechos humanos en la región. Esto traería, muy probablemente, como primera consecuencia, la confianza plena de los Estados, respecto a la injerencia externa, y se podría evitar futuros cuestionamientos respecto a la labor de la Comisión y la Corte Interamericana.

Asimismo, consideramos que la mejora en la partida económica de la Corte Interamericana, se sustanciaría en consecuencias positivas, porque se exigiría el establecimiento de un Tribunal Permanente, así como el aumento del número de jueces

---

<sup>9</sup>CIDH. Grave crisis financiera. [en línea]. Washington DC: 2016. <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/crisis-cidh.asp>> [16 agosto 2016].

<sup>10</sup>*Ibidem*.

<sup>11</sup>*Ibidem*.

y de personal remunerado. Estos últimos se podrían dedicar, de forma prioritaria, a la labor que realizan dentro de la organización.

Paralelamente, con una buena partida económica, se podría “especializar”, en un rubro determinado de los derechos humanos, a todo el personal que colabora, tanto en la Comisión como en la Corte Interamericana. Sin duda, este hecho favorecería la elaboración de informes y sentencias de un alto nivel en su contenido.

### **2.1.2. El acceso directo de las víctimas a la Corte IDH**

En la reunión de la Asamblea General de la OEA, celebrada en Canadá el 2000, se encomendó, mediante una Resolución a la Corte IDH, que permitiera la participación directa de la víctima en el proceso ante la Corte, una vez que se haya admitido la demanda. Se buscaba respetar el equilibrio procesal entre las partes y evitar la duplicidad de procedimientos fundamentales, en la presentación de la prueba.

Así, el cuarto Reglamento de la Corte Interamericana, manifiesta un largo proceso de debate y reflexión sobre el futuro y las necesidades del sistema interamericano<sup>12</sup>. En particular, la modificación más importante fue el reconocimiento de la participación directa de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, en todas las etapas del procedimiento, ante la Corte IDH (Art. 23).

Este hecho constituye una innovación de trascendental importancia en el sistema interamericano, que comienza a tener repercusiones importantes en el trámite de los casos sometidos al conocimiento de la Corte IDH.

Asimismo, el 2010 con el nuevo reglamento de la Corte se creó el Fondo de Asistencia Legal a Víctimas (FAV) superando de esta manera la carencia existente sobre la asistencia jurídica gratuita para víctimas, además se creó la figura del Defensor Interamericano (DI).

Ambos mecanismos, creados con el fin de “potenciar el acceso de las víctimas a la justicia interamericana y evitar que aquellas personas que carecieran de recursos económicos o que no contaran con representación legal no se vieran excluidas del acceso al Tribunal Interamericano”<sup>13</sup>.

Hasta antes de la entrada en vigor de estos nuevos mecanismos (a partir del 1 de junio de 2010) eran las propias víctimas que debían de hacerse cargo y pagar su

---

<sup>12</sup> La reforma más reciente, del Reglamento de la Corte, fue aprobada en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, y entró en vigor, el 1 de enero de 2010.

<sup>13</sup> Corte IDH. *Informe Anual 2013...*, p. 84.

representación legal, así como debían cubrir todos los gastos que generase el aporte de nuevas pruebas y demás gastos propios del proceso.

Fueron iniciativas planteadas como la del profesor Antônio Cançado Trindade<sup>14</sup>, sobre la creación de un fondo de asistencia judicial gratuita para peticionarios carentes de medios materiales para defenderse, que ayudaron a dar un paso adelante.

Este obstáculo en su momento se cubría y se cubre en gran parte, con la ayuda de la intervención de organizaciones de defensa de los derechos humanos, que se han desarrollado en el continente americano<sup>15</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la admisión de terceros en el proceso, el artículo 45.1 de su Reglamento, señala que: “*podrá oír en calidad de testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuyo testimonio, declaración u opinión estime pertinente*”.

A título comparativo, se puede señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) mantiene una política estricta, respecto a la admisión de terceras partes. Así, la Corte Interamericana ha abierto las puertas a un mecanismo que, muy difícilmente, hubiera entrado en vigor.

Sobre este punto, es importante destacar, nuevamente, la opinión del profesor Antônio Cançado<sup>16</sup>, quien proyecta la evolución del *locus standi* (participación de los individuos demandantes en todo el proceso ante la Corte Interamericana) al *jus standi* (hacia el derecho de acceso directo de los individuos al Tribunal)<sup>17</sup>.

El Informe Anual de 2012, de la CIDH, señala que el acceso de derecho (jure) y de hecho (facto), a garantías y protecciones judiciales, es indispensable para reducir las violaciones de derechos humanos.

En consecuencia, las labores que viene realizando la Comisión Interamericana han revelado que las poblaciones del continente americano y, en particular, los sectores más pobres, históricamente, han sido y siguen siendo sometidos a discriminación y, comúnmente: “no obtienen un acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos al

---

<sup>14</sup>Cançado Trindade, Antônio. «Prefacio» a Ventura Robles, Manuel. *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José: Editor Ventura Manuel, 2007, pp. ix.

<sup>15</sup> Así tenemos: al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL); la Comisión Andina de Juristas (CAJ), también de Amnistía Internacional (AI); Human RightsWatch (HRW), o Rights International Spain (RIS), también, se cuenta, con la ayuda de despachos privados de abogados o Departamentos de investigación de Universidades.

<sup>16</sup>Cfr. Cançado Trindade, Antônio y Ventura Robles, Manuel. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2da. Edición. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, pp. 104-115.

<sup>17</sup>Cfr. Ventura Robles, Manuel. “El acceso directo de la víctima a la Corte Interamericana de derechos humanos: un ideal y una lucha de AntônioCançadoTrindade”. En CançadoTrindade, Antônio y Ventura Robles, Manuel. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2da. Edición. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, pp. 207-265.

denunciar las violaciones de derechos humanos”; es el caso específico de las mujeres, que forman la mitad de la población del continente americano. Así, “en esta situación, el Sistema Interamericano debe ser una fuente complementaria de reparación y de protección a las víctimas. Los casos ante el sistema regional sirven para identificar desafíos y deficiencias, a nivel nacional, y priorizar su solución”<sup>18</sup>.

Finalmente, y debido a la vinculación política de la Comisión Interamericana a la OEA, cuando planteamos una protección jurisdiccional de los derechos vulnerados, lo idóneo sería, quizás, presentarla directamente ante la Corte. Por lo tanto, se alcanzaría el punto culminante de una larga evolución del Derecho hacia la emancipación total de la persona, y además, de un tratamiento estrictamente jurídico, por un órgano jurisdiccional, como es la Corte Interamericana.

Es el tiempo de los derechos y todas las personas deben de tener la posibilidad de apurar las posibilidades que les ofrece la tutela judicial.

## **2.2. Desafíos técnicos o de perfeccionamiento**

### **2.2.1. Hacia un Tribunal Permanente**

El hecho de ubicar la “no permanencia” de la Corte Interamericana como un desafío técnico, parte de la idea, de que es posible pensar en que el sistema progrese con un tribunal no permanente. En cambio, es imposible que funcione si los Estados mantienen un concepto absoluto de soberanía.

A raíz de las modificaciones en el Reglamento de la Corte Interamericana, en el año 2000, sobre todo en lo que concierne al reconocimiento de la participación autónoma de las presuntas víctimas, sus familiares o representantes, durante todo el proceso ante la Corte<sup>19</sup>, mucha doctrina del sistema interamericano ha defendido la idoneidad de que la Corte Interamericana adquiriera un carácter permanente.

Manuel Ventura Rodríguez, por ejemplo, identifica cuatro etapas en el desarrollo progresivo de la Corte Interamericana, que abarca desde la fecha de instalación de la Corte, en Costa Rica, en 1979, hasta nuestros días<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Cfr. CIDH. *Informe Anual 2012...*, párrs. 20-21.

Cfr. CIDH. “Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”. Washington DC: OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007.

<sup>19</sup> Este hecho fue visibilizado en el *Caso cinco pensionistas vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas, de 28 de febrero de 2003, párr. 155. [en línea]. <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_98\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_98_esp.pdf)> [10 septiembre 2015].

<sup>20</sup> Cançado Trindade, Antônio y Ventura Robles, Manuel. *El Futuro de la Corte Interamericana...*, 2004, pp. 119-145.

Las dos últimas etapas son las más relevantes para clarificar la demanda de que el SIDH goce de carácter permanente. La tercera etapa, que se inicia en 1994, está caracterizada por el incremento de casos presentados a la Corte, que se ha traducido en una necesidad de aumentar la permanencia continuada del tribunal interamericano, así como el número de jueces y de instancias para resolver los casos.

La Corte Interamericana cuenta con siete jueces *ad honorem*, que se reúnen dos veces al año y, excepcionalmente, otras dos veces más, para resolver los innumerables cuestiones que tienen bajo su cargo. A diferencia del TEDH<sup>21</sup>, que a partir del 1 de noviembre de 1998, funciona como un tribunal permanente, conformado por 46 magistrados, que sesionan en 4 salas o cámaras (cada cámara tiene 7 magistrados); y una gran Sala o Gran Cámara (que está conformado por 17 magistrados), y quienes toman la decisión final.

Es bastante obvia la diferencia entre el sistema interamericano y el europeo. Por ello, el número menor y el requisito del artículo 56 de la Convención Americana, que señala que “*el quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces*”, parece hacer imposible el sistema de cámaras en la Corte Interamericana.

Por consiguiente, para el fortalecimiento de las democracias del continente americano, es necesaria una compenetración progresiva de los regímenes jurídicos internos, con los valores de democracia y libertad, representados por los derechos humanos, que están garantizados por el derecho internacional<sup>22</sup>.

Bajo esta premisa, la Corte no puede hacer más que impulsar desarrollos y correcciones, que han sido largamente postergados. Sin embargo, si la Corte cuenta, únicamente con siete jueces, que se reúnen cuatro veces al año, no se puede llegar muy lejos en esta labor y se necesita tomar decisiones más contundentes, que provoquen un giro radical al funcionamiento del mismo<sup>23</sup>.

Así, a partir de que el TEDH sesiona como tribunal permanente, ha incrementado considerablemente el número de casos resueltos, y, anualmente, expide una gran cantidad de sentencias. En particular, desde su establecimiento, en 1959, y hasta el año 2013, ha expedido un total de dieciséis mil noventitrés (16.093)

---

<sup>21</sup> Art. 43 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>22</sup> Steiner, Christian y Leyers, Simone. “La Corte IDH: impulsadora de una efectiva protección de los DDHH”. *Diálogo Político*. 2010, Año XXVII, n.º 4, p. 105.

<sup>23</sup> *Ibidem*

sentencias<sup>24</sup>; en el caso de la Corte Interamericana, en 33 años de trabajo, se han promulgado doscientos cincuenta y nueve (259) sentencias<sup>25</sup>, situación que se debería invertir, en beneficio de todas las personas del continente americano.

La mayor ventaja que generaría un Tribunal permanente sería la celeridad procesal en la emisión de las sentencias, porque, en comparación con el sistema europeo, el Tribunal Europeo anualmente emite gran jurisprudencia. Concretamente, en 2013, expidió novecientos dieciséis (916) sentencias<sup>26</sup>, y la Corte Interamericana ha expedido dieciséis (16) sentencias<sup>27</sup>.

Lo cierto es que cada vez es mayor el número de casos y, como resultado, se va a necesitar un Tribunal permanente, pero, lamentablemente, los recortes en el presupuesto del organismo no hacen viable esta opción, por ahora.

En este sentido, las propuestas de Manuel Ventura, para el mejoramiento de la Corte Interamericana, pasarían por contratar a más abogados, contando con los recursos adicionales necesarios para cubrir el costo mayor que tendrá el litigio, con la participación de las víctimas. Por lo tanto, se estaría en la capacidad de fallar un mayor número de casos por año, si la Corte sesionara durante más tiempo.

A la fecha, la Corte sesiona ocho semanas al año, ya que se realizan cuatro reuniones de dos semanas de duración cada una. Se estima que habría que conseguir recursos adicionales para que la Corte pueda sesionar, primero, 12 semanas al año y luego 16 semanas, durante dos o tres períodos de sesiones, con lo cual se convertiría en un Tribunal semipermanente.

Esto generaría que, con el paso del tiempo, la Corte Interamericana se vuelva permanente. Así, este hecho conllevaría la contratación de jueces y juezas a tiempo completo y con la obligación de residir en la sede (Costa Rica), con un salario mensual, y, como todo cargo público, tendrían incompatibilidades de acuerdo con el Estatuto, para ejercer otras funciones.

---

<sup>24</sup> Desde el año, de 1959 hasta el 2011, se habían expedido: quince mil (15.000) sentencias, cerca de la mitad de las sentencias, se refieren a cuatro Estados miembros: Turquía (2747), Italia (2.166), Rusia (1.212) y Polonia (945).

Cfr. TEDH. *Informe Anual 2012* [en línea]. Estrasburgo: 2012, p. 75. <[http://www.echr.coe.int/Documents/Annual\\_report\\_2012\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2012_ENG.pdf)> [10 septiembre 2015].

Cfr. TEDH. *Informe 1959-2011*. [en línea]. Estrasburgo: 2011, p. 3. <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E58E405A-71CF-4863-91EE779C34FD18B2/0/APERCU\\_19592011\\_EN.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E58E405A-71CF-4863-91EE779C34FD18B2/0/APERCU_19592011_EN.pdf)> [10 septiembre 2015].

<sup>25</sup> Desde el funcionamiento de la Corte Interamericana, en 1979 hasta el año 2009, se expidió 211 sentencias. Cfr. Corte IDH. *Informe Anual 2009*[en línea]. San José: Corte IDH, 2009, p. 4. <<http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/2009.pdf>> [10 septiembre 2015].

<sup>26</sup> TEDH. *Informe Anual 2012*..., p. 75.

<sup>27</sup> Corte IDH. *Informe Anual 2013*..., p. 30.

En esta situación, se podría empezar a hablar del funcionamiento en el continente americano de un verdadero sistema de protección de los derechos humanos. Por lo tanto, se registraría seguramente, un aumento de número de casos y de la participación de las víctimas en los procesos<sup>28</sup>.

### **2.2.2. La redefinición de funciones de la Comisión Interamericana para resolver en menor tiempo las denuncias.**

En el ámbito de la distribución de competencias, no tiene mucho sentido que tanto la Comisión como la Corte Interamericana investiguen los mismos hechos, cuando se comete una violación de los derechos humanos.

De este modo, una vez que la víctima presenta la denuncia contra un Estado ante la Comisión Interamericana, está la admite, o no, en función de los requisitos, de forma y fondo, que exige la Comisión. Cuando la admite, la Comisión investiga los hechos y emite un Informe sobre el fondo del asunto, que pone a consideración del Estado para que asuma su responsabilidad. En caso contrario, la Comisión eleva el caso ante la Corte Interamericana, que, nuevamente, investiga los mismos hechos, que contiene el citado Informe de la Comisión.

Este proceso origina la duplicidad de funciones de ambos órganos, que se visibiliza en la demora excesiva de tiempo para solucionar un caso, primero, en la Comisión (tiempo indeterminado), y luego, en la Corte Interamericana (como mínimo casi dos años). Asimismo, constituye un desgaste económico para la víctima, y para el propio sistema interamericano, cuando la persona damnificada no puede asumir los gastos de movilidad, el traslado de testigos, de peritos o de otros profesionales implicados en el caso.

Los Estados demuestran su preocupación por el tiempo de duración en resolver un caso contencioso. En ese sentido, la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana contemplan el “principio de plazo razonable”, que es, la vinculación con el derecho sustantivo contenido en la Convención.

Así, se pretende resolver en el menor tiempo posible, un caso que no sólo es aplicable a los procesos internos dentro de cada uno de los Estados parte, sino también

---

<sup>28</sup> Todas estas argumentaciones han sido expuestas por Antônio CANÇADO, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA. Cançado Trindade, Antônio y Ventura Robles, Manuel. *El Futuro de la Corte Interamericana...*, 2004, p. 170.

para los tribunales y organismo internacionales, que tienen como función resolver peticiones sobre presuntas violaciones a derechos humanos.

El promedio que dura un procedimiento de un caso contencioso, ante la Corte Interamericana, dependerá de la cantidad de carga procesal. Concretamente, entre los años 2006 y 2010, el promedio fue de 17.4 meses; en 2011, de 16.4 meses; y en 2012, de 19.2 meses. La principal causa del incremento del tiempo, se debe al proceso de reflexión de la Comisión Interamericana, que ha ocupado, prioritariamente, la agenda de la OEA<sup>29</sup>.

En el 2013, un procedimiento ante la Corte tuvo un promedio de duración de 21,6 meses. El tiempo es ligeramente mayor al de años precedentes, la causa fue principalmente a que se incorporaron tres nuevos jueces, quienes tuvieron que empezar a conocer los diversos casos en trámite<sup>30</sup>. El 2014, el promedio fue de 24.1 meses, y el 2015, de 22.2 meses<sup>31</sup>.

Por todo ello, es importante redelimitar las funciones de la Comisión, de tal modo que se encargaría, principalmente, de dos tareas: primera, la de promoción de los derechos humanos; y segunda, de la admisibilidad de los casos, sin entrar en el fondo del asunto, labor que correspondería, en este nuevo marco competencial, a la Corte Interamericana.

### 2.2.3. Propuestas diversas

Finalmente, a continuación señalamos otra serie de desafíos planteados por algunos estudiosos del sistema interamericano. En particular:

- La falta de especialización, por parte de los Jueces nacionales del funcionamiento del sistema interamericano y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.
- Es indispensable que se conozca la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pero no como párrafos aislados y sin ver la línea jurisprudencial.

En esta línea argumental, el juez de la Corte Interamericana, Eduardo Ferrer Mac-Gregor<sup>32</sup>, señala que existe un problema de desconocimiento por los Jueces del

---

<sup>29</sup> Cfr. Corte IDH. *Informe Anual 2012*. [en línea]. San José: Corte Interamericana, 2012, p. 9. <[http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa\\_2012.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2012.pdf)> [10 septiembre 2015].

<sup>30</sup> Cfr. Corte IDH. *Informe Anual 2013*..., p. 39.

<sup>31</sup> Corte IDH. *Informe Anual 2015* [en línea]. San José: Corte Interamericana, 2015, p. 60. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2015/espanol.pdf>> [20 agosto 2016].

<sup>32</sup> XXXIII Cursos de verano y XXVI Cursos europeos del País Vasco. *La Garantía Jurisdiccional de los Derechos Humanos. Un Estudio Comparado de los Sistemas Regionales de Tutela: Europeo, Interamericano y Africano*. Ponencia “La Corte Interamericana y su jurisprudencia en materia penal: evolución y nuevas perspectivas”. San Sebastián: 10 de julio de 2014.

funcionamiento del sistema interamericano y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

- Es importante superar la pérdida de consciencia política de los Estados y comprender, aceptar y dar cumplimiento del “control de convencionalidad”<sup>33</sup>.

### 3. Reflexiones Finales

En la comunicación, se han identificado los desafíos que, de cara al futuro, debe hacer frente el SIDH, llegando a la conclusión de que estos desafíos son tanto estructurales como técnicos. Los estructurales se deben afrontar de forma prioritaria. Respecto a los técnicos, hay que plantearse su perfeccionamiento.

Por lo tanto, para conseguirlo, es necesario esperar, en el sentido de que la propia dinámica del tiempo coadyuve a madurar política e institucionalmente a los jóvenes Estados democráticos de Latinoamérica, de modo que puedan superar, entre otros, los siguientes desafíos estructurales:

- El necesario cambio de postura, por parte de los Estados Miembros de la OEA.
- Sustituir la fiscalización y la falta de un sistema de sanciones, por la puesta en marcha de un órgano encargado de fiscalizar el cumplimiento de sentencias y del establecimiento de un régimen de sanciones en caso de incumplimiento. Este hecho podría conducir a que los Estados cumplan, obligatoriamente, con las decisiones de la Corte Interamericana.
- Subsana la carencia de recursos económicos de la Comisión y la Corte Interamericana, por la disposición de recursos económicos propios, sin necesidad de depender de ningún tipo de donación, generando, al mismo tiempo, una mayor credibilidad de su autonomía e imparcialidad, al momento de emitir sus sentencias.

Que el Sistema Interamericano dependa de la donación de terceros es un serio problema, por lo que esperamos que los Estados miembros del Sistema cumplan su compromiso de aumentar sus aportaciones o que empiecen a dar una cuota ordinaria.

- La evolución del *locus standi* al *jus standi*, daría lugar a que las víctimas no tengan ningún obstáculo en acceder directamente a la Corte Interamericana.

---

<sup>33</sup> Propuesta señala, por la Prof. Laurence BURGORGUE-LARSEN, en XXXIII Cursos de verano y XXVI Cursos europeos del País Vasco..., Ponencia “La metodología interpretativa de las tres Cortes Regionales de los DDHH”. San Sebastián: 9 de julio de 2014.

Por otra parte, hacer frente los desafíos técnicos de:

- Modificar la no permanencia del Tribunal, por su permanencia.
- “Fragmentación”, por unidad o “universalidad” del Sistema, que le legitimaría para actuar sobre el conjunto de los Estados miembros de la OEA.
- Suplir la duplicidad de funciones de la Comisión y de la Corte Interamericana, por la redefinición de las funciones de la Comisión Interamericana. Esto generaría una celeridad en la solución de los casos, con un ahorro económico y de tiempo.
- La pérdida de consciencia política de los Estados, y que estos den cabal cumplimiento a la doctrina del “control de convencionalidad”.
- Subsanan el cierto desconocimiento y falta de especialización por los Jueces, del funcionamiento del sistema interamericano y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con el objeto de construir una misma línea jurisprudencial y no sólo citarlo como párrafos aislados.

En definitiva, el sistema interamericano de derechos humanos debe caminar con mayor celeridad hacia una verdadera estructura supranacional de protección de derechos humanos de la región, equiparable al sistema europeo de derechos humanos. El camino es largo y complejo, pero no imposible.

### **Referencias Bibliográficas**

- Cançado Trindade, Antônio. “Prefacio” a Ventura Robles, Manuel. *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José: Editor Ventura Manuel, 2007, pp. v al xxxii.
- Cançado Trindade, Antônio y Ventura Robles, Manuel. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2da. Edición. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004.
- Faúndez Ledesma, Héctor. “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: retos y perspectivas”. En *Derechos Humanos en el umbral del tercer milenio: retos y proyecciones*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1997.
- Negro Alvarado, Dante. *Introducción al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos*. Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Buenos Aires: Papeles de Trabajo de la Defensa Pública, n.º 6, 2013.

- Pizzolo, Calogero. “Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani”. En Mezzetti, Luca y Pizzolo, Calogero (a cura di). *Diritto Processuale dei Diritti Umani*. Italia: Maggioli Editore, 2013, pp. 193-285.
- Steiner, Christian y Leyers, Simone. “La Corte IDH: impulsadora de una efectiva protección de los DDHH”. *Diálogo Político*. 2010, Año XXVII, n.º 4, pp. 91-109.
- Ventura Robles, Manuel. *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José: Editor Ventura Robles, Manuel, 2007.
- “El acceso directo de la víctima a la Corte Interamericana de derechos humanos: un ideal y una lucha de Antônio Cançado Trindade”. En Cançado Trindade, Antônio y Ventura Robles, Manuel. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2da. Edición. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, pp. 207-26



**EL DESARROLLO DE LAS REPARACIONES EMITIDAS  
POR LA CORTE INTERAMERICANA EN LOS CASOS DE TORTURA,  
UNA MAYOR PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN**

**THE DEVELOPMENT OF REPAIRS ISSUED BY THE INTER-AMERICAN  
COURT IN CASES OF TORTURE, GREATER PROTECTION  
AND PREVENTION**

Arnelle Rolim Peixoto  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** Es innegable el papel que viene ejerciendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de protección, y más concretamente en relación a los casos de tortura. En este sentido, el presente artículo tiene como objeto analizar el desarrollo de las medidas de reparación emitidas por esta Corte, en relación a las sentencias donde fueron reconocidas la práctica de tortura. A través de un análisis jurisprudencial, se expondrá la línea evolutiva que viene siguiendo este tribunal a la hora de declarar la responsabilidad internacional del Estado y la emisión de medidas de reparación. Se observa que, a pesar de que la prohibición de la tortura sea de carácter absoluto a nivel internacional, todavía siguen siendo abundantes los casos que llegan a la Corte. Es partiendo de estas sentencias, que se contempla el papel que viene llevando a cabo este órgano a la hora de entender el concepto de reparación de forma más amplia. En consecuencia, el trabajo permite identificar que desde la primera sentencia (caso Velásquez Rodríguez en 1988) hasta los días actuales, se contempla un desarrollo ascendente en las diversas formas de reparación que trae como consecuencia una mejor garantía a la hora de resarcir a la víctima, así como también una protección y prevención a la comunidad donde ocurrió esta vulneración. Es a partir de esta premisa, que las reparaciones emitidas sobre los casos de tortura sirven para insistir a los Estados a la hora de reparar, para que apliquen políticas internas que sirvan de base, no sólo para una mejor protección a la víctima, sino también para una mayor prevención dirigida a la sociedad.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, Corte Interamericana, Tortura, Reparación.

**Abstract:** There is no denying in the role that the Inter-American Court of Human Rights has been practicing in matters of protection, and more specifically in relation to cases of torture. In this sense, this paper has the purpose to analyze the development of repair measures issued by this Court, in relation to judgments in which the practice of torture was recognized. Through a jurisprudential analysis, it will be exposed the evolutionary line that this Court has been following when the international responsibility of the State is declared and the issuance of remedial measures. It is noted that, although the prohibition of torture is absolute in an international level, still there are abundant cases that reach the Court. It is based on these decisions, which contemplates the role being carried out by this institution in understanding the concept of repair more widely. Consequently, the work permits to identify that from the first decision (Velasquez Rodriguez case in 1988) until today, there is an upward development in the various forms of reparation that guarantee a better result in order to compensate to the victim, as

well as a protection and prevention to the community where this violation occurred. It is from this premise that reparations issued on torture cases serve to emphasize the States in the moment to repair, so that internal policies that serve as basis be implemented, not only to better protect the victim, but also for a greater prevention for the society.

**Keywords:** Human Rights , Inter -American Court, Torture, Repair.

## 1. Introducción

En el medio del proceso de construcción de una cultura universal de observación de los derechos humanos está el funcionamiento del sistema interamericano, que constituye un mecanismo importante en la protección de dichos derechos en la región. Este sistema regional de protección vino evolucionando con el tiempo para conseguir una estructura adecuada, propiciando la regulación en la protección de los derechos humanos y en la garantía a una tutela jurídica efectiva. Es a partir de esta tutela que la Corte Interamericana (Corte IDH) viene ejerciendo esta función primordial a las víctimas, principalmente cuando se trata de las víctimas de tortura, ya que es la materia penal que ocupa el primer puesto en cuanto al número de casos dictados por este órgano, en este sentido destaca Ferrer Mac-Gregor “La Corte IDH ha conocido 89 casos sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, lo que representa un 51,74% del total de casos que ha conocido en materia de justicia penal en ejercicio de su jurisdicción contenciosa, de los cuales 60 se refieren a tortura (...)”<sup>1</sup>.

Partiendo de esta premisa, esta institución tiene una importante línea jurisprudencial relacionada con el derecho a la integridad personal, tanto en relación a la interpretación de los hechos para que se pueda calificar como tortura, ocasionando la responsabilidad internacional del Estado, como también a la hora de establecer las formas de reparación a las víctimas. Es el desarrollo jurisprudencial en relación a estas formas de reparación para los casos de tortura que se puede verificar el camino que la Corte, a lo largo de su funcionamiento, viene siguiendo. Para que sea posible este análisis, este estudio primeramente destaca la responsabilidad internacional del Estado y la obligación de reparar en el ámbito de la Corte Interamericana, para después destacar algunos casos fundamentales que este órgano sentenció como hecho constitutivo de tortura y cuáles fueron las reparaciones emitidas.

---

<sup>1</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal”. *Revista IIDH*, 2014, 59, p.31.

## 2. La Responsabilidad Internacional del Estado

Para que se pueda establecer la responsabilidad internacional del Estado en relación a la violación de derechos humanos, es necesaria la presencia de dos elementos. El primero de ellos es la existencia de un hecho ilícito, es decir, el incumplimiento de una obligación internacional, que en el caso del sistema interamericano está relacionado con las obligaciones consagradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Para los asuntos que envuelven la práctica de tortura, esta responsabilidad nace cuando hay una violación del artículo 5.2 de la CADH (prohibición de la tortura), combinado con la obligación general señalada en el artículo 1.1 de la misma, donde se destaca que

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El segundo elemento necesario para que sea establecida esta responsabilidad internacional, es que el acto ilícito sea atribuible al Estado. Estos hechos ilícitos pueden ser practicados por agentes de cualquiera de los Poderes (Ejecutivo, Legislativo o Judicial) actuando dentro o fuera de sus funciones. En este sentido, Cançado Trindade señala que tratándose de una violación de derechos humanos cualquier agente del Estado independiente de su jerarquía genera la responsabilidad internacional<sup>2</sup>. Por lo tanto, la Corte Interamericana adopta un alcance de responsabilidad más amplio, pues este ilícito ocurre no solo cuando el Estado incumple la obligación de respetar los derechos humanos reconocidos, sino también cuando incumple en la obligación de garantizar estos derechos por particulares o cuando no impida la violación de los mismos. Se trata de la posibilidad de reconocer tanto la responsabilidad directa del Estado, como la indirecta al no actuar ante las acciones de particulares (omisión). Esta línea amplia aplicada por la Corte se puede observar desde la primera sentencia (Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras) en 1988, dictando que la responsabilidad estatal también puede originarse por actos realizados por particulares, en el caso de que el Estado omita en prevenir o impedir dichas vulneraciones. Un ejemplo de ello se observa en la mayoría de los casos de tortura, ya que es común en este tipo de violación que el

---

<sup>2</sup> Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. 2ª ed. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, pp. 545 y 546.

Estado no actúe en el ámbito interno para investigar, identificar y sancionar a los responsables de dicha violación.

En relación al entendimiento de la Corte Interamericana sobre cuándo surge esta responsabilidad, dicho órgano mantiene desde la primera sentencia hasta hoy que esta responsabilidad se produce de forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado<sup>3</sup>. Es este aspecto, que caracteriza la responsabilidad internacional más efectiva a la hora de proteger a la víctima que acarrea un nuevo parámetro a la hora de reparar.

### 3. La Obligación de Reparar

Como consecuencia de la responsabilidad internacional, surge la obligación de reparar del Estado. Esta obligación, dentro del campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), está contemplada en diversos instrumentos, como por ejemplo el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Americana o el Convenio Europeo. Para Van Boven, el DIDH obtuvo en las últimas décadas un rápido y dinámico crecimiento, como por ejemplo los diversos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos que implican la responsabilidad del Estado, incluyendo la obligación de reparar<sup>4</sup>.

En el ámbito de la Corte IDH, esta obligación derivada de la responsabilidad del Estado se contempla en el artículo 63.1 de la Convención Americana

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

La Corte determina que la obligación prevista en el citado artículo refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados<sup>5</sup>. Se rige, por lo

---

<sup>3</sup> González Napolitano, Silvina Sandra *et al.* (coords.). *La Responsabilidad Internacional del Estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al Derecho Internacional general*. Avellaneda: SGN, 2013.

<sup>4</sup> Van Boven, Theo. "The right to a remedy as contained in international human rights instruments: Access to justice and reparations in treaties and the new UN principles". *Conférences introductives et cours thématiques. Protection internationale des Droits de l'Homme et droits des victims*. vol I. Strasbourg: Institut International des Droits de l'Homme, XXXVII Session d'Enseignement. 2006, pp. 94 y 95.

<sup>5</sup> Véase Caso Cantoral Benavides vs Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C .Nº 88, párrafo 40 y Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C. Nº 91, párrafo 38.

tanto, en todos sus aspectos, por el Derecho Internacional, sea el alcance, la naturaleza, las modalidades y la determinación de los beneficiarios, por lo cual no puede ser modificado por el Estado, utilizando para ello sus normas internas. Para García Ramírez, en relación a la actuación de la Corte IDH, señala que

La intervención del Tribunal en materia de reparaciones no surge-como en el sistema europeo equivalente- en virtud de la suficiencia o insuficiencia del orden jurídico nacional. Se trata de una intervención independiente, gobernada exclusivamente por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que fija la fuente de reparación, las categorías de ésta, los sujetos legitimados para reclamarlas y recibirlas, los términos en que deban ser cumplidas, etc.<sup>6</sup>.

Partiendo de esta mayor flexibilidad, la Corte a lo largo de su funcionamiento viene adaptando la reparación de acuerdo con la violación y la consecuencia de esta. No se limitó en detenerse en la idea de la reparación como una mera indemnización económica, sino que vino a desarrollar un concepto más amplio, desde el aspecto económico, simbólico o hasta cambios importantes que repercuten en el ámbito interno del Estado responsable de la violación.

Las causas para que la Corte avance en este sentido se deben a dos aspectos. Primero, que los asuntos que llegan a este órgano, en su mayoría son graves violaciones de derechos humanos, como la tortura, siendo imposible que desapareciesen las consecuencias con el cese de los hechos o con un pago indemnizatorio, sería necesario algo más, es decir, una asistencia desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y su entorno. Segundo, se debe a cómo el propio artículo de la Convención que trata de la obligación de reparar, no especifica las formas de esta reparación, con lo que deja un margen para que la propia Corte IDH desarrolle, según los hechos y la lesión producida, una diversidad de reparaciones. En este sentido, en su voto razonado, Cançado Trindade resalta que “El artículo 63(1) de la Convención Americana, por el contrario, posibilita, y requiere, que se amplíen, y no se reduzcan, las reparaciones, en su multiplicidad de formas”<sup>7</sup>.

Partiendo de esta premisa, las formas de reparar se pueden dividir en tres modalidades.

---

<sup>6</sup> García Ramírez, Sergio. *La jurisdicción interamericana de derechos humanos (Estudios)*. México: Comisión de Derechos Humanos de Distrito Federal, 2006, p.156.

<sup>7</sup> Voto razonado del juez Cançado Trindade en el Caso Villagrán Morales y otros vs Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C. N° 77.

- El *restitutio in integrum*, es decir, restablecer el derecho vulnerado. Sin embargo, en algunos casos de violación es difícil, sino imposible, restituir las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación.
- La reparación material, que se refiere al pago pecuniario, adecuada a cada caso y que se ajuste al hecho. Desde esta perspectiva, cabe resaltar dos aspectos de la Corte Interamericana en relación al uso común del pago de un valor económico. Primero, que esta institución no se limita a dictar la indemnización como única forma de reparación, sino que también la acompaña de otras modalidades. Segundo, existen en relación a la reparación material, puntos innovadores de la Corte al considerar determinados aspectos para la suma económica, como son; el daño emergente, pérdida de ingresos, daño inmaterial y proyecto de vida.
- La reparación inmaterial, que son la satisfacción, las garantías de no repetición y la obligación de investigar y sancionar. Estas formas de reparación inmaterial son de gran importancia, ya que buscan una mejor forma de reparar la violación de los derechos humanos, adaptándolas a las peculiaridades de cada caso y al impacto generado en la región afectada. Esta modalidad de reparación es la que más se desarrolló a lo largo del funcionamiento de la Corte.

#### **4. Las Reparaciones de los Casos de Tortura y su Desarrollo**

Para tratar las reparaciones de los casos de tortura y para que sea más evidente este desarrollo, se hace necesario dividirlo en tres etapas. Una primera (año 1989), que marca el inicio de las actividades de la Corte Interamericana en emitir las sentencias, una segunda (a partir del año 2001), donde se destaca el inicio del avance en materia de reparación y una tercera (a partir del año 2007), que sería una consolidación de esta materia.

La primera etapa, a partir del caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, que trató el asunto de tortura y desaparición forzada, se observa que la reparación emitida era meramente compensación económica y restringió la cuestión de la satisfacción considerando la sentencia *per se* como una forma de satisfacer a la víctima<sup>8</sup>. Se trata de una interpretación limitada del artículo 63.1 de la CADH. En esta primera etapa, se

---

<sup>8</sup> Caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C. N° 7, párrafos 46-48.

observa un avance a partir del caso Aloeboetoe y otros<sup>9</sup>, al determinar que la reparación no fuese solo una indemnización compensatoria, sino también la aplicación de una serie de medidas que reestableciesen el disfrute del derecho de la comunidad afectada. Otro asunto destacado en esta primera etapa es el caso Loayza Tamayo<sup>10</sup>, por tratar hechos contra la integridad de la víctima que continuaba viva en el momento de la demanda, con lo cual permitió que ella se personase en el proceso (participación por escrito sobre la reparación), así como también la posibilidad del peritaje hecho a la víctima. Ante esta situación la Corte dictó, además del cese del ilícito y de una indemnización económica, medidas de satisfacción para que el Estado gestionase la reincorporación de la víctima a su trabajo, garantizando su derecho de jubilación. En esta misma línea, de no limitarse solo a la indemnización, la Corte emitió medidas de satisfacción y garantías de no repetición en las posteriores sentencias, como por ejemplo la solicitud de instaurar un registro de detenciones (caso Paniagua Morales y otros), es decir, empieza a disponer de medidas ya dirigidas a la prevención de violación a la integridad.

La segunda etapa está caracterizada por un avance en las formas de reparación, que viene a consolidar una característica propia de la jurisprudencia interamericana, su evolución en las formas de reparar. Esta etapa se puede observar a partir del caso Barrios Altos<sup>11</sup>. En él se establecen garantías de no repetición, como la adecuación de la ley interna con las normas internacionales, en este caso se refería a la ley de amnistía.

---

<sup>9</sup> Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C Nº 15, párrafo 116 punto 5: “Ordena al Estado de Surinam igualmente, con carácter de reparación, reabrir la escuela sita en Gujaba y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994 y poner en operación en el curso de ese año el dispensario existente en ese lugar”.

<sup>10</sup> Caso Loayza Tamayo vs Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C. Nº 42, parágrafos 8–14. Para Antkowiak, este desarrollo en las medidas de reparación se debe a ser el primer caso de tortura en que la víctima seguía viva y podía participar en el proceso, en sus palabras: “It is understand able that Loayza-Tamayo became a testing ground for the Court’s remedial competence. In the first place, Ms. Loayza-Tamayo was one of the few living victims who appeared before the Tribunal, and she was undoubtedly a sympathetic figure. Moreover, there were concrete steps that could be taken to restore her rights and the changed Court was more disposed to considering restitutio in integrum”. Antkowiak, Thomas M. “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American of Human Rights and Beyond”. *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, vol. 46, nº 2, p. 370. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3475960>> [2 agosto 2016].

<sup>11</sup> En el Caso Barrios Altos vs Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C. Nº 75, el Estado reconoció su responsabilidad internacional por la vía de allanamiento. La Corte reconoció la incompatibilidad de las leyes de amnistía, recalando los derechos inderogables por ser violaciones graves de derechos humanos, entre ellos la tortura, véase párrafos 40 y 41. En el voto razonado del juez Cançado Trindade, se destaca la importancia de este allanamiento en el párrafo 4: “(...) constituyen un nuevo y gran salto cualitativo en su jurisprudencia, en el sentido de buscar superar un obstáculo que los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos todavía no han logrado transponer: la impunidad, con la consecuente erosión de la confianza de la población en las instituciones públicas (...)”.

Del mismo modo, dictó que el Estado garantizase los servicios de salud y de educación a través de becas y materiales a los beneficiarios de la reparación. Otro punto importante de este caso, es que la Corte empieza a dictar la necesidad de publicar la sentencia y de exigir el acto de perdón público como medida de satisfacción, que más adelante acabará siendo frecuente para casos que envuelven graves violaciones.

Lo mismo se puede percibir en el caso Instituto de Reeducción del Menor, donde se emiten diversas medidas de alcance para las víctimas y sus familiares, que además de tratamiento médico y publicación de la sentencia, se solicitó la obligación de reparar a través de un programa educacional, ofreciendo asistencia vocacional a los internos y la implementación de políticas orientadas hacia los niños que tienen conflictos con la ley<sup>12</sup>. Son medidas que miran al futuro, es decir, para la aplicación de políticas públicas con el fin de proteger la integridad de las víctimas o de posibles víctimas. Además de estos puntos, se puede observar que en muchos de los casos la Corte dicta, como garantía de no repetición, la aplicación de programas de capacitación a los agentes estatales en el tema de los derechos y garantías de los detenidos<sup>13</sup>. Es en esta segunda etapa que se percibe esta característica innovadora en el ámbito interamericano a la hora de reparar, dictando diversas modalidades de reparación en un mismo caso.

La tercera etapa, representa la reafirmación de este avance. Se puede destacar el caso Bueno Alves, donde la evolución se observa al considerar diversas variables para determinar el monto económico<sup>14</sup>, ocurriendo lo mismo en el caso Bayarri. En esta misma etapa, cabe señalar la diversidad de medidas de satisfacción impuestas por la Corte, como por ejemplo el caso Masacre de las Dos Erres, donde se solicitó la divulgación de un documental sobre los hechos ocurridos y la creación de una web para buscar a los menores sustraídos y retenidos durante el conflicto. Además, en asuntos donde la Corte reconoció la violencia sexual como tortura (Caso Fernández Ortega y otros; Caso Rosendo Cantú y otros), solicitó que el Estado aplicase un servicio de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual y campañas de sensibilización de la población en cuanto a la prohibición y efectos de la violencia y discriminación contra la

---

<sup>12</sup> Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C Nº 112, párrafos 316 y 317.

<sup>13</sup> Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C. Nº 147; Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C. Nº 152; Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C Nº 153; Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C. Nº 160.

<sup>14</sup> Caso Bueno Alves vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C. Nº 164, párrafos 133 – 207.

mujer indígena. Aquí la Corte añade el aspecto de la etnia y el género, con lo cual hace que las reparaciones sean dictadas adecuadamente a este grupo por su mayor vulnerabilidad. Por lo tanto, son medidas de reparación que buscan un cambio en la situación estructural del Estado ante la violencia e impunidad, para eso incluye a la sociedad como protagonista en sus medidas de reparación, para que este cambio estructural tenga un mayor efecto<sup>15</sup>.

En este sentido, en el caso *Mendoza y otros*<sup>16</sup>, la Corte estableció garantías de no repetición direccionadas a grupos vulnerables (niños y adolescentes), solicitando la modificación legislativa direccionada a la protección de este grupo, evitando que a ningún otro joven le puedan imponer la pena de privación perpetua. Del mismo modo, exigió la aplicación de cursos obligatorios para los agentes penitenciarios sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y de la niñez relativa a la integridad personal. Con este ejemplo se contempla como la Corte se encarga de vigilar la protección a grupos considerados vulnerables, imponiendo medidas que envuelven la aplicación de políticas internas (implicando cualquiera de los poderes del Estado) para su cumplimiento. En el caso *Gelman*, dictó como medidas de reparación la derogación de la ley interna<sup>17</sup> (Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva) y que el Estado garantice el acceso público y la sistematización de la información acerca de las violaciones cometidas en el período de la dictadura. Se puede examinar, que esta tercera etapa vino a reafirmar el desarrollo en materia de reparación iniciada en la anterior etapa, principalmente perfeccionando las medidas concretas dirigidas a determinados

---

<sup>15</sup> Véase en *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C. N° 215, párrafos 265 - 274; Caso Rosendo Cantú y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C. N° 216, párrafos 230 - 238 y 265 - 267. En estos dos asuntos también se han tenido en cuenta, como garantías de no repetición, la capacitación y el uso del Manual de Investigación y Documentación efectiva sobre Tortura, Castigos y Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes (Protocolo de Estambul), pero ahora desde la perspectiva de género.*

<sup>16</sup> *Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C. N° 260, se refiere a la imposición de penas de privación perpetua a las víctimas menores de edad, la falta de atención médica y la comisión de tortura a dos de las víctimas.*

<sup>17</sup> *Caso Gelman vs Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C. N° 221. En relación a esta ley, la Corte obliga a que el Estado vuelva a instaurar la investigación y el juicio penal, ya que esta Ley de Caducidad no podría representar un obstáculo para investigar graves violaciones. En este sentido, la Corte en el tema de las leyes de amnistía, viene sosteniendo que son medidas que tienen como consecuencia la indefensión de las víctimas y la perpetuación de la impunidad al obstaculizar la investigación de las violaciones, como por ejemplo la tortura.*

grupos, como es el caso de adolescentes o de mujeres, como se puede comprobar en sentencias más recientes (Caso Espinoza Gonzáles)<sup>18</sup>.

Se observa en estas etapas que la Corte va respondiendo de forma evolutiva al análisis del concepto de reparar, en todas sus modalidades (material e inmaterial). Un punto a destacar de estas modalidades se refiere a la obligación de investigar y sancionar. Desde la primera sentencia hasta hoy, este tribunal se ha dedicado a dictar esta obligación, ya no sólo dentro del análisis de fondo, sino también como una forma de reparación. La preocupación en incluirla como una modalidad de reparación se debe a que puede ser supervisada hasta que se cumpla, tornándose una medida para luchar contra la impunidad<sup>19</sup>. Esta obligación de investigar y sancionar sirve para garantizar una tutela jurídica efectiva, así como medio de ofrecer a la víctima el derecho de conocer la verdad de los hechos. La Corte recalca, que este derecho a la verdad atiende tanto a la víctima como a la sociedad, llegando a dictar, en algunos fallos, que el resultado de la investigación se haga público, para que la sociedad también pueda tener conocimiento acerca de los hechos<sup>20</sup>. En este sentido, destaca Nash Rojas que “El derecho a la verdad ha sido desarrollado por la Corte desde un doble punto de vista, como un derecho colectivo o social a conocer la verdad y como un derecho individual”<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C. N° 289, párrafo 331.

<sup>19</sup> Para García Ramírez, Sergio. *La jurisdicción interamericana...*, pp.157 y 158: “Tiene notable importancia la reparación que he denominado ‘deber de justicia penal’, y que más ampliamente pudiera llamarse ‘deber de justicia’. Tiene que ver con la aplicación de las consecuencias individuales correspondientes a la violación cometida. Como se dijo, la jurisdicción interamericana no posee atribuciones penales que le permitan enjuiciara los agentes del Estado por los delitos cometidos, que a título de violación de derechos humanos enfrenta el propio Estado en el marco de su responsabilidad internacional. Ahora bien, la verdadera tutela de los derechos implica el destierro de la impunidad, objetivo que constantemente ha subrayado la jurisprudencia de la Corte Interamericana. El combate contra la impunidad desencadena la persecución penal de los responsables—de ahí el ‘deber de justicia penal’—, que no debiera tropezar con obstáculos de Derecho Interno tendientes a excluir la persecución penal”.

<sup>20</sup> Véase como ejemplo el Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C. N° 99, párrafo 186; Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C. N° 114, párrafo 258; Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C. N° 260 párrafo 341.

<sup>21</sup> Nash Rojas, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. 2ª ed. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2009, p.70.

## 5. Conclusiones

Al analizar las medidas de reparación de los casos de tortura y dividir las por etapas, se puede afirmar que la obligación de reparar señalada en la Convención Americana, deja margen de maniobra para que se desarrollen las medidas con los casos de tortura que van surgiendo, es con esta base que se justifica la variedad y la evolución de las formas de reparar dictadas por la Corte Interamericana. El mayor énfasis de esta evolución se da en los tipos de reparación inmaterial, y son estas las que más se utilizan en el intento de acabar con la práctica de la tortura.

A pesar de que la prohibición de la tortura tenga un carácter absoluto, sigue habiendo casos y sigue la Corte recibiendo una gran cantidad de demandas relacionadas a esta violación. Por lo tanto, este desarrollo en las reparaciones, dando un enfoque más amplio, estableciendo una relación entre Estado, víctima y sociedad sirve para que el Estado violador cambie. Es decir, estimula una política estatal más activa en el tema de la prevención de la tortura. De ahí que la posición positiva de la jurisprudencia interamericana en emitir reparaciones mirando la razón de fondo de la violación y las deficiencias internas de cada gobierno, hace que la obligación de reparar sirva de motor de cambio en la estructura interna del Estado.

Es de esperar que uno de los elementos característicos y reconocidos por los estudiosos en la jurisprudencia interamericana sea las reparaciones emitidas, representando un organismo vivo dentro de este sistema regional de protección, que se va desarrollando de acuerdo con las necesidades, adaptándose a los hechos marcados por violencia e impunidad en América Latina.

## Referencias Bibliográficas

- Antkowiak, Thomas M. "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American of Human Rights and Beyond".[en línea] *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, vol. 46, nº 2, pp. 351 y 419. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3475960>> [2 agosto 2016].
- Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. 2ª ed. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- Carvalho Ramos, André. *Responsabilidade por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- Ferrer Lloret, Jaume. *Responsabilidad Internacional del Estado y Derechos Humanos: estudios de la práctica relacional e institucional*. Madrid: Tecnos, 1998.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal”. *Revista IIDH*, 2014,59, pp. 29-118.
- García Ramírez, Sergio. *La jurisdicción interamericana de derechos humanos (Estudios)*. México: Comisión de Derechos Humanos de Distrito Federal, 2006.
- González Napolitano, Silvina Sandra *et al.* (coords.). *La Responsabilidad Internacional del Estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al Derecho Internacional general*. Avellaneda: SGN, 2013.
- Nash Rojas, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. 2ª ed. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2009.
- Van Boven, Theo. “The right to a remedy as contained in international human rights instruments: Access to justice and reparations in treaties and the new UN principles”. *Conférences introductives et cours thématiques. Protection internationale des Droits de l’Homme et droits des victims*. vol I. Strasbourg: Institut International des Droits de l’Homme, XXXVII Session d’Enseignement. 2006.

## A CEDH COMO FONTE DE DIREITO EUROPEU (AVANÇOS E RECUOS)

### THE ECHR AS A SOURCE OF EUROPEAN LAW (ADVANCES AND SETBACKS)

Ana Cristina dos Santos Alves Pinto  
*Investigadora de la Universidad de Salamanca*

**Resumen:** A Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, vulgarmente referida como CEDH, entrou em vigor em Setembro de 1953. Era, na intenção dos seus autores o documento necessário para assegurar a garantia coletiva de alguns dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

A proteção judicial dos direitos constitucionais do indivíduo, passando da proclamação dos grandes textos à jurisdicionalização efetiva, através da aplicação da CEDH e do seu desenvolvimento pelo TEDH, assumiu uma dimensão que os autores do documento não teriam certamente adivinhado, nem a vontade política à época teria permitido.

Reconhecendo aos particulares personalidade judiciária de direito internacional, permitiu o acesso a um processo no qual podem fazer valer contra o Estado as suas queixas ou pretensões de declaração de violação dos direitos consagrados, e obter, numa instância judicial internacional, a condenação desses Estados.

Esta influência decisiva do TEDH justificou a sua chamada como fonte de documentos de direito europeu como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ou a previsão de adesão a CEDH prevista, no artigo 6.º, n.º 2 do Tratado de Lisboa.

O Protocolo n.º84 dispunha, que o acordo de adesão devia refletir a necessidade de preservar as características próprias da União e do direito da União.

Em 5 de abril de 2013, as negociações conduziram a um acordo. Neste contexto, a Comissão dirigiu-se, em 4 de julho de 2013, ao Tribunal de Justiça a fim de obter o seu parecer sobre a compatibilidade do acordo com o direito da União.

O parecer vinculativo adotado pelo TJUE, põe, para já, termo às aspirações dos 28 Estados-Membros de adesão da UE à CEDH, pondo a UE e as suas instituições, de fora do escrutínio do Tribunal de Estrasburgo.

**Palavras chave:** CEDH, EDH, Carta, Uniao, Adesao.

**Abstract:** The Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, commonly referred to as ECHR, entered into force in September 1953. It was, in the intention of the authors the necessary to ensure the collective guarantee of some of the rights provided for in the Universal Declaration of Human Rights of 1948.

Judicial protection of the constitutional rights, passing the proclamation of the great texts to effective, through the application of the ECHR and its development by the ECtHR, has assumed a dimension that the authors of the document would not have certainly preview, nor the political will at the time would have allowed.

It allows access to a process in which individuals may assert against the states their complaints or claims of violations of rights statement, and obtain, on an International Court, the conviction of these States.

This decisive influence of the ECtHR has justified his call as a source of European law documents such as the Charter of fundamental rights of the European Union or the Treaty of Lisbon.

The Protocol 84, states that the accession agreement should reflect the need to preserve the specific characteristics of the Union and Union law.

On 5 April 2013, negotiations led to an agreement. In this context, the Commission addressed, on 4 July 2013, the Court of Justice in order to obtain its opinion on the compatibility of the agreement with Union Law.

The binding opinion adopted by the UE Justice Court, put it out, for now, and end the aspirations of the 28 Member States putting the EU and its institutions, outside the scrutiny of the Court of Strasbourg.

**Keywords:** ECHR, ECTHR, European Union, Charter of fundamental rights of the European Union, Accession Agreement.

## 1. A CEDH

Elaborada no seio do Conselho da Europa, e aberta à assinatura em Roma, em 4 de Novembro de 1950, a Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, vulgarmente referida como CEDH, entrou em vigor em Setembro de 1953. Era, na intenção dos seus autores o documento necessário para assegurar a garantia coletiva de alguns dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948<sup>1</sup>.

A proteção judicial dos direitos constitucionais do indivíduo, passando da proclamação dos grandes textos à jurisdicionalização efetiva, foi a marca da segunda metade do século na Europa, através da aplicação da CEDH e do seu desenvolvimento pelo TEDH, numa dimensão que os autores do documento não teriam certamente adivinhado, nem a vontade política à época teria permitido<sup>2</sup>.

A CEDH - acrescida de vários Protocolos consagrando novos direitos - estabeleceu um sistema de proteção único e eficaz, centrado atualmente no TEDH.

Reconhecendo aos particulares personalidade judiciária de direito internacional, permite-lhes o acesso a um processo no qual podem fazer valer contra o Estado as suas queixas ou pretensões de declaração de violação dos direitos consagrados, e obter, numa instância judicial internacional, a condenação desses Estados<sup>3</sup>.

A Reforma do sistema de controlo instituída pelo Protocolo 11, em vigor desde 1 de Novembro de 1998, com a criação de um novo Tribunal de funcionamento permanente, e a generalização do direito de recurso constituem uma afirmação e

---

<sup>1</sup> Gaspar, António Henriques. “A Influencia da CEDH no dialogo Interjudicial”- Intervenção no coloquio por ocasião da Comemoração do 30º Aniversario da vigencia da CEDH em Portugal-Supremo Tribunal de Justiça, 2008.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Gaspar, António Henriques. “A Protecção internacional dos direitos humanos”. *Sub Júdice*, 2004, 28, pp. 44-46.

efetivação, da linguagem comum de vocação universal que os direitos humanos transportam em si, uma partilha de sentido de valores comuns<sup>4</sup>.

Esta influência decisiva do TEDH na criação, construção e sedimentação de um conjunto de valores que constituem hoje património comum de uma sociedade europeia, de uma comunidade de cidadãos, em sociedades abertas e democráticas justifica a chamada da CEDH como fonte de outros importantes documentos europeus como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ou a previsão de adesão a este convénio por parte do novo Tratado de Lisboa.

## 2. A CEDH como fonte da carta

Em 1998, quando se celebrava o 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, inicia-se o debate com o objetivo de criar uma carta dos direitos fundamentais que incluísse os direitos económicos e sociais dos cidadãos europeus. Esta carta deveria ser inspirada na CEDH de 1950, na Carta Social Europeia de 1961 e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 1989.<sup>5</sup>

Em Dezembro de 1999, uma convenção composta por 15 chefes de Estado e de Governo, 30 membros dos parlamentos nacionais, 16 membros do parlamento europeu, e o presidente da comissão europeia elaboram uma convenção. Esta é proclamada como carta dos direitos fundamentais da união europeia em 7 de Dezembro 2000, depois de aprovada em Setembro do mesmo ano.<sup>6</sup>

Assinalavam-se concretamente três categorias de direitos: os relativos à liberdade e igualdade, completados pelos direitos processuais fundamentais, previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros; os direitos associados ao estatuto de cidadania da União e, por esta razão, reservados aos cidadãos dos Estados-membros; e, finalmente, os direitos de natureza económica e social que resultam da Carta Social Europeia e da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores<sup>7</sup>.

No que toca às relações entre a Carta e a CEDH, o artigo 52º, n.º 3, da Carta determina:

---

<sup>4</sup> Cabral Barreto, Irineu. “A jurisprudência do novo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”. *Sub Júdice*, 2004, 28, pp. 9-32.

<sup>5</sup> Moreira, Vital. “A Carta e a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)”. En s.d. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001, p. 89 e ss.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia. Para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma proteção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla.

E o artigo 53º reforça o sentido desta garantia ao dispor:

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-membros, nomeadamente a Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-membros.

Uma garantia, com um significado importante quanto ao papel da CEDH enquanto fonte de direitos humanos na união europeia pois, a interpretação e a aplicação dos direitos decalcados da CEDH devem respeitar o sentido e o alcance que lhe são atribuídos pelo TEDH<sup>8</sup>.

Por outro lado a necessidade de interpretação da Carta em conformidade com a CEDH na parte relativa aos direitos comuns vem justificar, a competência do TEDH para controlar o modo como o Juiz comunitário, vai interpretar e aplicar tais disposições<sup>9</sup>.

A própria CEDH explicita a sua natureza de padrão mínimo de proteção dos Direitos do Homem, ao reconhecer aos Estados o poder de estabelecer, de modo unilateral ou convencional, patamares superiores de proteção dos direitos e liberdades fundamentais<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Medeiros, Rui. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado português*. En s.d. *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Lisboa: 2001, p. 7 e ss.

<sup>9</sup> Black-Branch, Jonathan L. "Observing and Enforcing Human Rights under the Council of Europe: The Creation of a Permanent European Court of Human Rights", *Buffalo Journal of International Law*, 1996, 3(1), pp. 10-21.

<sup>10</sup> V. artigo 53º.CE

### 3. O controlo do direito da união pelo TEDH

As relações inevitáveis, mas complexas, entre o sistema comunitário e o sistema europeu de proteção dos Direitos Humanos<sup>11</sup> estiveram na origem de várias petições individuais que os órgãos de controlo instituídos pela CEDH apreciaram, e até ao fim da década de oitenta, os órgãos de Estrasburgo tomaram decisões contrárias a esse controlo. Os argumentos invocados, quase sempre, de ordem processual que, caso a caso, fundamentaram o veredicto da inadmissibilidade foram no entanto de natureza diferente<sup>12</sup>.

O acórdão de 18 de Fevereiro de 1999, proferido pelo TEDH sobre o caso *Matthews c. Reino Unido* vem alterar o entendimento jurisprudencial até essa data seguida a respeito das relações entre o Direito da União Europeia e a CEDH.

A uma cidadã residente em Gibraltar foi recusada a inscrição nos cadernos eleitorais para as eleições europeias de Junho de 1994 com base na Decisão de 1976 relativa às eleições diretas para o Parlamento Europeu que prevê expressamente a sua não aplicação ao território de Gibraltar.

A Sra. Matthews levou ao TEDH a sua queixa, considerando-se vítima de uma violação do artigo 3º do Protocolo n.º 1 que obriga as Partes Contratantes a

organizar, com intervalos razoáveis, eleições livres, por escrutínio secreto, em condições que assegurem a livre expressão da opinião do povo na eleição do órgão legislativo.

O Reino Unido foi considerado responsável pela violação do artigo 3º do Protocolo n.º 1, a qual resultou, por um lado, da citada Decisão de 1976 que excluiu Gibraltar da participação nos atos eleitorais europeus e, por outro lado, do Tratado da União Europeia que, alargando as competências comunitárias, não previu a inaplicabilidade dos respetivos atos comunitários ao território de Gibraltar<sup>13</sup>.

O TEDH analisou o sistema institucional comunitário, o papel e o estatuto do Parlamento Europeu na perspetiva da sua qualificação a título de “*órgão legislativo*” (v. artigo 3º do Protocolo n.º 1) mostrando a sua determinação em se assumir como garante último dos Direitos Humanos em todo o espaço europeu. Sustentando na decisão de

---

<sup>11</sup> No espaço territorial da União Europeia, concorrem três sistemas jurídicos de direitos fundamentais – a CDFUE, a CEDH e as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros – os n.ºs 3 e 4 do artigo 52.º regem a forma como esses três sistemas se relacionam entre si.

<sup>12</sup> Cfr por todos Duarte, Maria Luísa. “O direito da União Europeia e o direito europeu dos Direitos do Homem – uma defesa do triângulo judicial europeu”. *Actas VII Congresso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 2006, 1, pp. 1747-1768.

<sup>13</sup> Janis, Mark W. et al. *European Human Rights Law: Text and Materials*. Oxford: Clarendon Press, 2000.

condenação do Reino Unido a afirmação do princípio da responsabilidade coletiva e solidária dos Estados-membros:

O Reino Unido, conjuntamente com as outras Partes no Tratado de Maastricht, é responsável *rationae materiae* à luz do artigo 2º da Convenção e, em particular, do artigo 3º do Protocolo n.º 1 pelas consequências daquele Tratado.

É esta responsabilidade internacional dos Estados-membros da União Europeia que torna juridicamente admissíveis as petições individuais que alegam uma violação da CEDH com fundamento em ato do Direito Comunitário originário<sup>14</sup>.

#### **4. Adesão da eu à CEDH**

A adesão das Comunidades (e mais tarde da União) à CEDH foi defendida por uma parte da doutrina e por alguns órgãos comunitários, desde os anos 70, o memorando da Comissão sobre a adesão das Comunidades Europeias à CEDH de 1979, texto pioneiro, desta doutrina sublinhava as vantagens da adesão das Comunidades à CEDH.

A vinculação a um instrumento internacional em matéria de direitos humanos, a sujeição a controlo idêntico ao dos seus Estados-Membros e a existência de um catálogo de direitos como fundamento jurídico das decisões do Tribunal de Justiça, contribuiriam para aumentar a certeza jurídica e a incorporação da CEDH na Ordem Jurídica comunitária<sup>15</sup>.

Mas as Comunidades nunca aderiram à CEDH, porque esta adesão apresentava dificuldades e problemas técnicos e institucionais, motivados principalmente pela concorrência de sistemas jurisdicionais que obedecem a princípios diferentes<sup>16</sup>.

A ideia de uma adesão da União Europeia à CEDH foi apesar disso, frequentemente evocada, mas o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, num parecer de 28 de Março de 1996, especificou que a Comunidade não podia aderir à Convenção, dado que o Tratado CE não previa qualquer competência para a

---

<sup>14</sup> Vilaça Jose. “A protecção dos Direitos Fundamentais na ordem jurídica comunitária”. *Estudos em homenagem ao Prof. Rogério Soares*, s.d. pp. 426 e segs.

<sup>15</sup> Fernandes, António J. *Direitos Humanos e cidadania Europeia, fundamentos e dimensões*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

<sup>16</sup> Vosskuhle, Andreas. “Protection of Human Rights in the European Union. Multilevel Cooperation on Human Rights between the European Constitutional Courts” [em linha] ourcommonfuture.de, <<http://www.ourcommonfuture.de>> [26 November 2010].

promulgação de regras ou celebração de acordos internacionais em matéria de Direitos do Homem<sup>17</sup>.

A adesão à Convenção tornou-se possível com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 1 de Dezembro de 2009, que o prevê, no seu artigo 6.º, n.º 2.

A UE tornar-se-á Parte Contratante na Convenção, mas não passará a ser membro do Conselho da Europa. O artigo 6.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia determina a adesão da União à CEDH, sem alterar as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

A União Europeia adere à CEDH a nível substancial, ao aceitar a existência de um núcleo duro de direitos e liberdades, mas também *jurisdicional*, porque reconhece a jurisdição do TEDH no domínio dos direitos humanos.

A adesão da UE à Convenção Europeia dos Direitos do Homem introduzirá um controlo jurisdicional adicional no domínio da proteção dos direitos fundamentais. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de Estrasburgo passa a ter competência para apreciar os atos das instituições, órgãos e agências da UE, incluindo os acórdãos do Tribunal de Justiça Europeu, para assegurar o respeito da Convenção. A adesão abre igualmente novas possibilidades de recurso para os particulares que poderão apresentar queixas ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – depois de esgotadas as vias de recurso nacionais – contra violações dos direitos humanos pela UE. A adesão à Convenção permite igualmente: criar uma cultura comum em matéria de direitos fundamentais na EU; forçar a credibilidade do sistema da UE em matéria de direitos humanos e da política externa da UE; evidenciar que a UE valoriza o sistema de Estrasburgo de proteção dos direitos fundamentais; certificar um desenvolvimento coerente da jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem<sup>18</sup>.

A adesão da União à CEDH significa a convergência europeia no domínio dos direitos humanos, a partilha de valores em toda a Europa e a progressiva transformação da União numa entidade política dotada de um controlo jurisdicional internacional de direitos humanos<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Martins, Ana Maria. *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 244 e segs,

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Martins, Ana Maria. *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia – Da origem na integração económica ao fundamento na dignidade do ser humano*, Coimbra: s.e., 2000.

A adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem levanta questões quanto ao modo de articulação possível entre o Tribunal de Justiça, no sistema comunitário, e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem<sup>20</sup>.

Por um parecer de 1996, o Tribunal de Justiça já tinha considerado que, no estado do direito comunitário em vigor à época, a Comunidade Europeia não era competente para aderir à CEDH<sup>21</sup>.

O Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009, alterou o artigo 6.º do Tratado EU que atualmente prevê que os direitos fundamentais tal como os garante a CEDH fazem parte do direito da União enquanto princípios gerais e, que a União aderirá à CEDH. No entanto o acordo de adesão deve refletir a necessidade de preservar as características próprias da União e do direito da União sem afetar as suas competências nem as atribuições das suas instituições.

Na sequência de uma recomendação da Comissão, o Conselho adotou, em 4 de junho de 2010, uma decisão que autorizou a abertura das negociações relativas ao acordo de adesão. A Comissão foi designada como negociador. Em 5 de abril de 2013, as negociações conduziram a um acordo e neste contexto, a Comissão dirigiu-se, em 4 de julho de 2013, ao Tribunal de Justiça a fim de obter o seu parecer sobre a compatibilidade do projeto de acordo com o direito da União, em conformidade com o artigo 218.º, n.º 11, TFUE.

No seu parecer, o Tribunal de Justiça, depois de recordar que o problema da falta de uma base jurídica para a adesão da União à CEDH foi resolvido pelo Tratado de Lisboa, sublinha que em resultado da adesão, a CEDH, como qualquer outro acordo internacional celebrado pela União, vincularia as instituições da União e os Estados-Membros e faria parte integrante do direito da União.

A União, como qualquer outra Parte Contratante, ficaria sujeita quer a uma fiscalização externa que teria por objeto o respeito dos direitos e das liberdades previstos na CEDH, quer aos mecanismos de fiscalização previstos nesta Convenção, em especial, às decisões e acórdãos do TEDH.

---

<sup>20</sup> Caballero, Susana, “Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convénio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2011, pp. 99-128.

<sup>21</sup> Prino, Carla S. “FCSHUNL Debater a Europa” [em linha]. *Periódico do CIEDA e do CIEJD*, 2011 ,4. <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>> [26 noviembre 2016].

Assim a interpretação da CEDH fornecida pelo TEDH vincularia a União e todas as suas instituições, já a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça acerca de um direito reconhecido pela CEDH não vincularia o TEDH.

Por outro lado, quando os direitos reconhecidos pela Carta correspondam a direitos garantidos pela CEDH, a faculdade conferida aos Estados-Membros pela CEDH deveria ficar limitada ao necessário para evitar comprometer o nível de proteção previsto pela Carta, bem como o primado, a unidade e a efetividade do direito da União, tomando em consideração a circunstância de os Estados-Membros, no que respeita às matérias que foram objeto da transferência de competências para a União, terem aceitado que as suas relações mútuas sejam reguladas pelo direito da União, com exclusão de qualquer outro direito. A adesão é assim considerada suscetível de comprometer o equilíbrio em que a União se funda, bem como a autonomia do direito da União<sup>22</sup>.

Em caso de adesão, a CEDH faria parte integrante do direito da União, o mecanismo instituído por este protocolo poderia afetar a autonomia e a eficácia do processo de reenvio prejudicial, designadamente quando estivessem em causa direitos garantidos pela Carta correspondentes a direitos reconhecidos pela CEDH<sup>23</sup>.

O parecer vinculativo adotado pelo TJUE, ao abrigo do artigo 218.º, n.º 11, do TFUE, põe, por isso, termo às aspirações dos 28 Estados-Membros, e reflexamente de 500 milhões de cidadãos, de adesão da UE à CEDH, tornando a UE e respetivas instituições, incluindo judiciais, imunes ao escrutínio do TEDH.

### Referencias Bibliográficas

Barreto, Irineu Cabral. “A jurisprudência do novo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Sub Júdice*, 2004, 28.

Black-Branch, Jonathan L. “Observing and Enforcing Human Rights under the Council of Europe: The Creation of a Permanent European Court of Human Rights”, *Buffalo Journal of International Law*, 1996, 3(1).

---

<sup>22</sup> O Protocolo n.º 16 à CEDH, assinado em 2 de outubro de 2013, autoriza as mais altas instâncias judiciárias dos Estados-Membros a dirigirem ao TEDH pedidos de pareceres consultivos sobre questões de princípio relativas à interpretação ou à aplicação dos direitos e liberdades garantidos pela CEDH ou pelos seus protocolos.

<sup>23</sup> Não está excluído que um pedido de parecer consultivo apresentado nos termos do Protocolo n.º 16 por um órgão jurisdicional nacional possa desencadear o processo dito de «apreciação prévia» pelo Tribunal de Justiça. Este processo está previsto no próprio projeto de acordo e visa permitir o envolvimento do Tribunal de Justiça nos processos submetidos ao TEDH em que esteja em causa o direito da União.

- Caballero, Susana. “Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convénio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2011.
- Duarte, Maria L. “O direito da União Europeia e o direito europeu dos Direitos do Homem, uma defesa do triângulo judicial europeu”. *Actas VII Congresso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 2006, 1.
- Fernandes, António José. *Direitos Humanos e cidadania Europeia, fundamentos e dimensões*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.
- Gaspar, António Henriques. “A Protecção internacional dos direitos humanos”, *Sub Júdice*, 2004, 28.
- “A Influencia da CEDH no dialogo Interjudicial”. Intervenção no coloquio por ocasião da Comemoração do 30º Aniversario da vigencia da CEDH em Portugal-Supremo Tribunal de Justiça, 2008.
- Janis, Mark W. et al. *European Human Rights Law: Text and Materials*. Oxford: Clarendon Press, 2000.
- Martins, Ana M. *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia. Da origem na integração económica ao fundamento na dignidade do ser humano*. Coimbra: Universidade Católica, 2010.
- Prino, Carla Sofia. “Feshunl debater a Europa” [em linha]. *Periódico do CIEDA e do CIEJD*, 2011,. N.4: <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>> [26 noviembre 2016].
- Medeiros, Rui. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado português*. En s.d. *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Lisboa: 2001.
- Moreira,Vital. “A Carta e a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)”. En s.d. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001.
- Vosskuhle, Andreas. “Protection of Human Rights in the European Union. Multilevel Cooperation on Human Rights between the European Constitutional Courts” [em linha]. *Our Common Future*, 2010, 2-6, <<http://www.ourcommonfuture.de>> [26 noviembre 2016].

# NUEVAS HERRAMIENTAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS: LAS INTERVENCIONES INTERNACIONALES NO VIOLENTAS

## NEW TOOLS TO PROTECT HUMAN RIGHTS DEFENDERS: NONVIOLENT INTERNATIONAL INTERVENTIONS

Diego Checa Hidalgo  
*Coventry University*

**Resumen:** Los defensores de los derechos humanos trabajan para inducir cambios sociales positivos en sus países a través de medios pacíficos. Cuando se encuentran en contextos de conflictos afectados por altos grados de violencia política su actuación se ve limitada ya que detienen los procesos locales de empoderamiento social para mantener el *status quo* y evitar la transformación del conflicto. Por lo tanto, superar esta violencia es fundamental para muchos individuos, organizaciones y comunidades que luchan por la defensa de sus derechos y libertades, y a ello ha contribuido parte de la sociedad civil global demostrando que es posible aumentar la protección de los defensores de derechos humanos y de otros grupos vulnerables frente a la violencia directa mediante el uso exclusivo de estrategias no violentas. Esta comunicación, basada en trabajos de campo llevados a cabo en América Latina y Oriente Medio, presentará las estrategias implementadas por estas intervenciones internacionales no violentas para prevenir la violencia directa; analizará como se facilitan los procesos locales de empoderamiento social; evaluará los resultados alcanzados por estas intervenciones y, por último, proporcionará algunas reflexiones en torno a las condiciones necesarias para su funcionamiento.

**Palabras clave:** Prevención de la violencia, Sociedad civil, Empoderamiento social, Transformación de conflictos, No violencia.

**Abstract:** Human rights defenders work to promote positive social change in their countries through peaceful means. In conflict contexts affected by high levels of political violence their performance is limited. This violence stop local social empowerment processes to maintain the *status quo* and avoid conflict transformation. Therefore, many individuals, organizations and communities struggling to defend their rights and freedoms need to overcome this violence. Part of the global civil society has contributed to improve their situation showing that it is possible to increase the protection of human rights defenders and other vulnerable groups against direct violence through the exclusive use of nonviolent strategies. This communication, based on field work conducted in Latin America and Middle East, presents the strategies implemented by these nonviolent international interventions to prevent direct violence; analyzes how local social empowerment processes are facilitated; evaluates the main results achieved by these interventions and, finally, provides some reflections on the main conditions needed for its successful work.

**Keywords:** Violence prevention, Civil society, Social empowerment, Conflict transformation, Non violence

### 1. Introducción

Los defensores de los derechos humanos (DDHs) son ampliamente reconocidos como agentes de cambio social por su trabajo pacífico para la promoción y la defensa de los

derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos,<sup>1</sup> llegando Naciones Unidas a otorgarles un papel importante en el apoyo a los esfuerzos para fortalecer el desarrollo, la paz y la prevención de la violencia a través del diálogo, la apertura, la participación y la justicia.<sup>2</sup>

Los DDHs forman parte de movimientos sociales que quieren cambiar el *status quo*. Así, luchan por la redistribución de los recursos de la sociedad, denuncian la usurpación de las libertades civiles, reclaman nuevos derechos como ciudadanos, defienden el medioambiente, persiguen acabar con las políticas de discriminación étnica o resisten la ocupación de su territorio. Sin embargo, los grupos defensores *status quo* utilizan a menudo la represión y la violencia política para frenar los procesos de empoderamiento social, mantener la distribución asimétrica del poder y evitar la transformación de esos conflictos. Por esta razón, a lo largo del tiempo, gobiernos, organizaciones intergubernamentales, actores de la sociedad civil y otros agentes han desarrollado un abanico de mecanismos y prácticas de protección para los DDHs en riesgo<sup>3</sup>.

Desafortunadamente, a pesar de estas medidas, los DDHs siguen siendo objeto de la represión de agentes estatales y grupos privados o paraestatales. Una violencia que toma la forma de leyes y prácticas restrictivas respecto a la libertad de asociación, expresión y reunión pacífica, acoso, abusos, intimidaciones, amenazas de muerte, detenciones arbitrarias, desapariciones forzosas, torturas y asesinatos, especialmente en situaciones de conflictos violentos<sup>4</sup>.

En contextos donde los estados usan la violencia, los movimientos sociales tienen graves dificultades para continuar con sus actividades y promover cambios que transformen los conflictos. Así, los ataques directos contra líderes sociales y DDHs eliminan los disidentes, las masacres extienden el miedo y generan el desplazamiento de las comunidades,

---

<sup>1</sup> En 1998 las Naciones Unidas no solo reconocieron su legitimidad al considerar la defensa de los derechos humanos como un derecho en sí mismo, sino también el papel decisivo que desempeñan y la necesidad de garantizar su protección. En ONU Resolución de la Asamblea General 53/144. *Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms*. 9 de diciembre de 1998.

<sup>2</sup> En ONU Resolución de la Asamblea General 70/61. *Human rights defenders in the context of the Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms* [en línea]. 17 de diciembre de 2015. <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/161](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/161)> [15 agosto 2015].

<sup>3</sup> Puede encontrarse una compilación de dichos mecanismos y prácticas en Martín Quintana, María y Eguren Fernández, Enrique. *Protección de defensores de derechos humanos: buenas prácticas y lecciones a partir de la experiencia*. Bruselas: Protection International, 2011 [En línea]. <[http://protectioninternational.org/wp-content/uploads/2012/04/rtu\\_proteccion\\_defensores\\_web.pdf](http://protectioninternational.org/wp-content/uploads/2012/04/rtu_proteccion_defensores_web.pdf)> [15 agosto 2015].

<sup>4</sup> Front Line Defenders estima que en 2015 fueron asesinados o murieron bajo detención 156 DDHs en 25 países. Front Line Defenders. *Stop the Killing of Human Rights Defenders: Annual Report 2016*. Dublin: Front Line Defenders [En línea]. <<https://www.frontlinedefenders.org/en/resource-publication/2016-annual-report>> [15 agosto 2015].

y las amenazas agravan el miedo por la seguridad física de los activistas y de sus familias. Como resultado, la violencia y el miedo disuaden la movilización política y social, y desaniman la protesta y la resistencia de los potenciales actores. Superar el uso de esta violencia política es un desafío para muchas organizaciones, grupos y comunidades que buscan desarrollar procesos de empoderamiento social para cambiar el patrón del conflicto.

En estos contextos, parte de la sociedad civil global, a través de algunas organizaciones internacionales no gubernamentales, ha demostrado que es posible aumentar la protección de los defensores de derechos humanos y de otros grupos vulnerables frente a la violencia directa mediante el uso exclusivo de estrategias no violentas. Así, en el último siglo, académicos, investigadores y activistas han desarrollado abundantes tácticas no violentas para abordar estos desafíos<sup>5</sup>, mostrando que existían herramientas para transformar los conflictos que ocurrían más allá de las fronteras nacionales sin recurrir al uso de la violencia<sup>6</sup>. Tras décadas de experimentación y de experiencias de campo, los activistas de la sociedad civil global tienen a su disposición una gama de herramientas no violentas para proteger y facilitar el empoderamiento de grupos vulnerables que trabajan en contextos violentos.<sup>7</sup> De esa manera, las intervenciones internacionales no violentas contribuyen a la transformación de los conflictos y evitan la continuación de la violencia.

Esta comunicación aborda el fenómeno de las intervenciones internacionales no violentas para la protección de los DDHs y de poblaciones vulnerables en contextos con altos niveles de violencia política, basándose en un trabajo de campo llevado a cabo primero en Colombia, Guatemala y México (2005-2008), y después en Palestina e Israel (2011-2015). Primero, la comunicación presentará las estrategias implementadas por estas intervenciones para prevenir la violencia directa contra los DDHs. Después, analizará como se facilitan los procesos locales de empoderamiento social mediante el efecto combinado de la disuasión de la violencia directa, la reducción del miedo en los activistas y las organizaciones, y el aumento de la visibilidad de su trabajo. A continuación se evaluarán los principales resultados alcanzados por estas intervenciones y, por último, proporcionará algunas reflexiones en torno a las condiciones necesarias para su funcionamiento.

---

<sup>5</sup> Shell, Jonathan. *The unconquerable world: Power, nonviolence, and the will of the people*. Londres: Allen Lane, 2004.

<sup>6</sup> Algunos de los trabajos más importantes al respecto son: Sharp, Gene. *The politics of nonviolent action*. Boston: Sargent Porter, 1973; Weber, Thomas. "From Maude Royden's Peace Army to the Gulf Peace Team: An assessment of unarmed interpositionary peace forces". *Journal of Peace Research*, 1993, 30 (1), pp. 45-64; y Moser-Puangsuwan, Yeshua. y Weber, Thomas (Eds.). *Nonviolent intervention across borders. A recurrent vision*. Honolulu: Spark M. Matsunaga Institute for Peace/University of Hawaii, 2000.

<sup>7</sup> Checa Hidalgo, Diego. "Intervenciones internacionales noviolentas. Herramientas para la transformación de conflictos". *Convergencia*, 2011, 18 (56), pp. 87-109.

## **2. Las intervenciones internacionales no violentas y sus estrategias para prevenir la violencia**

Las intervenciones internacionales no violentas son un fenómeno protagonizado por civiles que, independientemente de su lugar de origen, se organizan de manera transnacional para transformar conflictos. Son actuaciones desarrolladas para contribuir a la construcción de una paz duradera y sostenible mediante la utilización de estrategias de acción no violenta. Este fenómeno, que cuenta con una prolongada y silenciosa trayectoria en el tiempo, ha tenido una creciente popularización en las últimas décadas debido al significativo aumento del número y del tamaño de las iniciativas que se han puesto en marcha para desarrollar diferentes actividades en el campo de la gestión de conflictos en el escenario internacional.<sup>8</sup>

Estas intervenciones utilizan de manera simultánea cuatro tipos de estrategias de acción no violenta para apoyar a líderes sociales, organizaciones y comunidades que no recurren a la violencia en la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales y en su lucha por el cambio social en Colombia, Guatemala, México, Palestina e Israel. Así combinan el acompañamiento y la presencia internacional; la diplomacia civil; el desarrollo de canales de información y comunicación alternativos; y el apoyo internacional para el fortalecimiento de los socios locales que sufren la violencia directa.

La estrategia más visible en estas intervenciones es el acompañamiento y la presencia internacional. Esta estrategia consiste en la presencia física de los activistas internacionales junto a los DDHs que se encuentran en situaciones de riesgo o de amenaza. Los activistas acompañan a personas, grupos o comunidades que han recibido amenazas directas o indirectas. La intensidad del esfuerzo depende de la evaluación de riesgos. En situaciones de alto riesgo, los líderes y miembros de organizaciones sociales son acompañados las 24 horas del día, durante sus actividades diarias. Mientras tanto, las oficinas de las organizaciones y los asentamientos de las comunidades vulnerables tienen una presencia continua de activistas internacionales. Esta presencia se reduce cuando el riesgo es menor. Entonces los activistas hacen visitas cortas de manera regular a las organizaciones y comunidades. Cuando se identifica la fuente de la amenaza, es posible realizar evaluaciones de riesgo para adaptar la actividad de acompañamiento. Esto significa que algunas actividades de alto riesgo, tales como la participación en eventos públicos o los viajes próximos a la fuente de las amenazas, tendrán una presencia internacional significativa. Este

---

<sup>8</sup> Una aproximación a la historia de estas intervenciones puede encontrarse en Checa Hidalgo, Diego. “Orígenes y desarrollo de las intervenciones internacionales no violentas para la transformación de conflictos”. *Historia Actual*, 2012, 28, pp. 21-35.

acompañamiento es el primer paso en la protección de los DDHs locales. La presencia física genera una disuasión inmediata debido a que el coste de las acciones violentas para los perpetradores es mayor cuando hay testigos observando. Cuando el coste es demasiado alto, la acción violenta deja de ser útil y el perpetrador tiene menos incentivos para llevarla a cabo.

La segunda estrategia empleada por estas intervenciones internacionales no violentas para prevenir la violencia directa es la diplomacia civil. Los activistas internacionales mantienen contactos a nivel local, nacional e internacional con distintos actores, como autoridades civiles y militares, instituciones estatales, otras organizaciones internacionales y la comunidad diplomática. Estos contactos se realizan para intercambiar información y asegurarse de que todos los actores involucrados en un conflicto determinado, y otros actores relevantes en el ámbito internacional, conozcan los objetivos, el trabajo y la situación de las organizaciones que realizan estas intervenciones y la de sus socios locales. El propósito de esta estrategia es doble. En primer lugar, se pone de relieve que los DDHs y las organizaciones locales actúan dentro de la ley y actúan de manera pacífica. En segundo lugar, se da a conocer la preocupación existente ante las amenazas recibidas y las situaciones de riesgo que los socios locales están sufriendo. El acompañamiento moviliza a otros grupos de la sociedad civil global y presiona a otros actores políticos internacionales para que proporcionen apoyo a los DDHs en ocasiones particulares. Así el acompañamiento físico se transforma en un acompañamiento político. Cuando la diplomacia civil aumenta la visibilización de los DDHs y las organizaciones locales en el escenario nacional e internacional, más gente conoce su situación específica. Esta mayor visibilidad aumenta los costes de la violencia ejercida contra dichas organizaciones y genera la disuasión de la violencia y protección para los DDHs.

Estas intervenciones utilizan una tercera estrategia para mantener abiertos canales de información y comunicación alternativos. Así producen informes y distribuyen información de manera periódica para sensibilizar tanto sobre el contexto del conflicto como de su evolución, y presentar la situación y las actividades de los DDHs y de los socios locales. Además recopilan y analizan información procedente de múltiples fuentes. La información se reúne regularmente a partir de los medios de comunicación a nivel local y nacional, de otras fuentes independientes, y de los socios locales. Junto a esto, los activistas internacionales reúnen información durante sus tareas de acompañamiento y la diplomacia civil y después, tras su análisis, la información se distribuye a través de informes públicos, blogs, sitios web, boletines informativos, anuncios de radio y artículos de periódico, lo que proporciona una información clara y precisa al público local, nacional e internacional. Esta estrategia crea un

paraguas protector para los DDHs mediante una doble vía. Por un lado esta información sirve para sensibilizar sobre incidentes concretos y es utilizada por la diplomacia civil para movilizar apoyos internacionales para los activistas y grupos en peligro. Por otro lado, el análisis de los datos recogidos mejora la evaluación del riesgo con información precisa y oportuna, de manera que los esfuerzos de acompañamiento pueden ser más adecuados a la situación real de seguridad.

La última estrategia utilizada para apoyar a los DDHs es un conjunto de actividades para la construcción de capacidades y fortalecer a las organizaciones locales. Estas actividades fortalecen las capacidades locales en materia de auto-protección individual y grupal, evaluación de riesgos y reducción de vulnerabilidades. Pueden incluir apoyo psicosocial para superar el miedo que han generado las amenazas contra los DDHs y facilitar la reconstrucción de tejido social debilitado por la violencia. Este apoyo puede dirigirse para abordar el trauma y cuestiones de salud mental, de luto y de memoria colectiva. Con estas actividades se refuerza la capacidad de resiliencia de las organizaciones locales y las comunidades que están sufriendo los efectos de la violencia y esta resiliencia aumenta su deseo de continuar la resistencia y la lucha.

Si analizamos las cuatro estrategias de las Naciones Unidas para la gestión de conflictos (prevención de conflictos, mantenimiento de la paz, establecimiento de la paz y consolidación de la paz)<sup>9</sup>, es fácil encontrar áreas de acción donde podrían contribuir estas intervenciones con instrumentos alternativos útiles y eficaces. Estas intervenciones no violentas ofrecen un conjunto de herramientas flexibles que incluyen, como hemos mencionado, el acompañamiento internacional y presencia, la diplomacia pública, el mantenimiento de canales de información y comunicación alternativos y el apoyo al fortalecimiento de los socios locales, que se muestran fáciles de adaptar a otras organizaciones independientes. Unas estrategias que forman un kit de herramientas para proteger a las personas, grupos y comunidades de la violencia política.

### **3. El fortalecimiento de los procesos de empoderamiento social locales**

El fortalecimiento de las organizaciones sociales locales es clave para resolver los conflictos asimétricos dado que este fortalecimiento fomenta la participación de los actores locales en los procesos de transformación de conflictos y convierten en sostenibles esos

---

<sup>9</sup> Las estrategias de Naciones Unidas fueron definidas por Bourtos-Ghali, Boutros. *An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-keeping. Report of the Secretary-General Pursuant to the Statement Adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992*. New York: Naciones Unidas, 1992.

procesos. Aunque las estrategias desarrolladas por las intervenciones internacionales no violentas se centran principalmente en la prevención de la violencia directa y la protección de las personas y grupos vulnerables, tal y como se ha mencionado anteriormente, sus efectos van más allá de disuasión de la violencia y la protección. También refuerzan el poder social local mediante el apoyo directo y por medio de la reducción de los niveles de miedo generados por la violencia y que tienen como consecuencia la parálisis de la acción local. El empoderamiento de los DDHs y de sus organizaciones aumenta la sensibilización nacional e internacional sobre sus problemáticas y sus luchas.

Las intervenciones internacionales no violentas fortalecen el poder local de tres maneras. En primer lugar, estas intervenciones disuaden la violencia y también pueden favorecer el aumento de la protección prestada por parte de los organismos estatales. Cuando la protección es eficaz los DDHs ven reducidos los riesgos en los que incurren durante el desempeño de sus actividades. Los activistas sobreviven, el miedo se reduce, y el aislamiento disminuye. Así, las organizaciones sociales locales continúan realizando su trabajo sin las restricciones que las amenazas imponen sobre ellos. Esta protección beneficia a los movimientos sociales al permitirles continuar con sus procesos de organización y preservar su capital humano, manteniendo su actividad a pesar de los previos altos niveles de violencia contra ellos.

En segundo lugar, estas intervenciones aumentan la libertad de movimientos de los activistas sociales al proporcionar, al menos, un mínimo de garantías de seguridad para los DDHs locales. Este efecto se produce gracias a sus actividades de diplomacia civil, mediante el cabildeo con las autoridades civiles y militares, y a través de su acompañamiento físico. Los activistas son así capaces de participar en eventos públicos, como manifestaciones, conferencias o reuniones que de otro modo podría ser muy arriesgado. Este aumento de la seguridad les permite tener acceso a lugares donde su vulnerabilidad sería demasiado alta en otras circunstancias, como comunidades amenazadas, prisiones o zonas de conflicto.

En tercer lugar, los grupos, organizaciones y comunidades locales reciben apoyo para continuar con su trabajo. Una cuestión muy valorada por los DDHs es el apoyo moral que reciben en medio de situaciones graves de aislamiento y estigmatización a la que se ven sometidos. Las organizaciones que llevan a cabo las intervenciones encarnan la solidaridad de la comunidad internacional y muestran su preocupación por la realidad en la que viven. Este apoyo también aumenta la sensibilización global sobre las condiciones que enfrentan los activistas sociales. La diplomacia civil y los canales de comunicación en información alternativos son fundamentales para este apoyo. Gracias a sus esfuerzos, estas problemáticas

aparecen en las agendas políticas nacionales e internacionales, y en las redes de opinión pública. Además, de este modo, los esfuerzos de los DDHs y de los activistas sociales locales se visibilizan y se muestran como un trabajo legítimo ante los ojos de las autoridades locales y nacionales. Junto a ello, estas intervenciones desarrollan actividades para reconstruir el tejido social como las mencionados en el apartado anterior, contribuyendo a fortalecer los procesos de empoderamiento social local.

De este modo, las intervenciones internacionales no violentas fortalecen los procesos de empoderamiento social a través de la prevención de la violencia y diversos tipos de apoyo. De manera combinada, producen efectos positivos en los procesos de empoderamiento local y aumentan las acciones y opciones de negociación disponibles para los activistas sociales. Por lo tanto, los activistas sociales tienen una mayor influencia sobre el conflicto en el que están implicados, y liberados del miedo, tomando sus propias decisiones políticas y desarrollando procesos organizativos autónomos, se convierten en actores con mayor poder.

#### **4. Resultados de las intervenciones internacionales no violentas en la protección de los DDHs**

Las intervenciones internacionales no violentas han tenido numerosos éxitos reduciendo los niveles de violencia y también algunos fracasos, como se ha puesto de manifiesto en las investigaciones desarrolladas en América Latina y en Oriente Medio. En este apartado se abordará brevemente por qué y bajo qué condiciones estas intervenciones pueden tener un efectos positivos para los DDHs.

Resulta complicado saber a ciencia cierta cuáles son los efectos de las intervenciones sobre los perpetradores y si éstos decidieron renunciar a las acciones violentas debido a su influencia. A pesar de la dificultad de atribuir efectos directos, varios puntos indican los efectos protectores de estas intervenciones.

En primer lugar, los DDHs que han sido acompañados por activistas internacionales han expresado su gratitud y reconocido el impacto positivo del acompañamiento. Por ejemplo, Eloyda Mejía (2008), de la Asociación de Amigos del Lago Izabal en Guatemala, hablando de la larga lista de activistas asesinados reconoció que: “Tengo que dar las gracias a *Peace Brigades International*. Mi nombre estaría en esa lista sin su acompañamiento”<sup>10</sup>. Más significativamente, activistas, grupos y comunidades perciben una importante reducción de su nivel de riesgo y de exposición a la violencia debido a la protección que proporcionan estas

---

<sup>10</sup> Peace Brigades International. *Annual Review 2007–2008*. Londres: Peace Brigades International, 2008, p. 16.

intervenciones. Francisco Bustamante, miembro de la ONG colombiana de derechos humanos Minga, explica esta percepción: “El apoyo internacional es un escudo de protección fundamental para nosotros. Pensamos que hacen un trabajo valiente. Nuestro riesgo podría aumentar sin el acompañamiento internacional”<sup>11</sup>. Resulta también evidente que la presencia sobre el terreno de estas intervenciones reduce el acoso de la policía o el ejército contra palestinos jóvenes y adultos en controles de seguridad en Cisjordania, y facilita su tránsito<sup>12</sup>.

En Palestina, *International Solidarity Movement* ha constatado que desde que se producen estas intervenciones se ha reducido la utilización de munición real contra los manifestantes en protestas pacíficas por parte de las fuerzas de seguridad israelíes<sup>13</sup>. Algunos incluso afirman que las organizaciones que realizan estas intervenciones, como *Peace Brigades International*, *Fellowships of Reconciliation*, o *Christian Peacemaker Teams*, salvaron sus vidas. Gloria Gómez, directora de la Asociación de Familiares de Detenidos y Desaparecidos en Colombia, expresa claramente esta opinión: “Este trabajo es muy importante: Sin acompañamiento internacional muchos activistas no habrían sobrevivido”<sup>14</sup>.

En segundo lugar, hay un aumento continuo de la demanda de estas intervenciones para proteger a nuevos DDHs y organizaciones sociales, lo que muestra que los activistas y los perciben estas intervenciones como eficaces. En entrevistas con activistas de derechos humanos y organizaciones sociales locales durante los últimos 10 años las peticiones para la extensión de las intervenciones han sido recurrentes. Así, parece evidente que las intervenciones internacionales no violentas han contribuido al fortalecimiento de los procesos locales de empoderamiento social. Con su apoyo han estimulado el crecimiento de las organizaciones, ha aumentado su impacto en la opinión pública nacional e internacional, se ha facilitado la agencia local y se ha fomentado la creación de redes y espacios de coordinación y colaboración no solamente entre ellos, sino también con las organizaciones de la sociedad civil tanto nacionales como internacionales, lo que ha redundado en la mayor protección de los DDHs.

En tercer lugar también contamos con la opinión de la comunidad internacional. Representantes de organizaciones internacionales, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Programa de Naciones Unidas para el desarrollo o la

---

<sup>11</sup> Entrevista realizada en Bogotá, Colombia, junio de 2006.

<sup>12</sup> Entrevista realizada a un miembro del equipo de *Christian Peacemaker Teams* en Hebrón, Palestina, diciembre de 2011.

<sup>13</sup> Entrevista realizada a un miembro del equipo de *International Solidarity Movement en Ramala*, Territorios Palestina, enero de 2013.

<sup>14</sup> Entrevista realizada en Bogotá, Colombia, mayo de 2006.

Comisión Europea reconocen la utilidad de estas intervenciones no violentas. Esta opinión también es compartida por representantes de organizaciones internacionales no gubernamentales, como el Comité Internacional de la Cruz Roja o Amnistía Internacional, y algunos representantes diplomáticos en América Latina y Oriente Medio, quienes destacan el valor del trabajo de muchas de estas intervenciones y reconocen la protección que son capaces de generar mediante sus estrategias no violentas<sup>15</sup>.

## 5. Algunas lecciones sobre las condiciones necesarias para una protección efectiva

Existen varias condiciones que se deben cumplir para que estas intervenciones puedan disuadir la violencia y empoderar a los grupos locales. Primero, los agresores potenciales tienen que ser conocidos y deben conocer de antemano qué acciones serán inaceptables, cómo funciona el acompañamiento, y cuáles son las consecuencias de un acto de agresión. Los agresores tienen que considerar creíble la posibilidad de una reacción internacional<sup>16</sup>.

En segundo lugar, el trabajo de las organizaciones que intervienen se basa en la idea de que el Estado tiene una responsabilidad fundamental en la violencia dirigida contra los DDHs. La violencia es ejercida a través de la policía, las fuerzas de seguridad, acciones de las autoridades civiles o judiciales, o por medio de una aplicación inadecuada de las leyes y normas administrativas.<sup>17</sup> Amnistía Internacional afirma en su informe sobre DDHs en las Américas que, “los autores [sic] de la gran cantidad de asesinatos y actos de violencia e intimidación contra los defensores de los derechos humanos a menudo son miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, grupos paramilitares, escuadrones de la muerte o grupos armados”. Además, añade que a menudo, “los ataques se han ordenado o perpetrado por propietarios y líderes políticos locales de acuerdo con estructuras de poder semi-oficiales basadas en un sistema de clientelismo político”<sup>18</sup>. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos también señala que los actores no estatales, que van desde grupos armados a empresas nacionales y transnacionales, provocan ataques violentos contra activistas de derechos humanos. Sin embargo, de acuerdo con los tratados

---

<sup>15</sup> Entrevistas mantenidas con representantes de éstas organizaciones desde 2005 hasta 2015 en Colombia, España, Israel, México, Palestina y Reino Unido.

<sup>16</sup> Mahony, Lian y Eguren, Luis Enrique. *Unarmed Bodyguards. International Accompaniment for the Protection of Human Rights*. West Hartford: Kumarian Press, 1997.

<sup>17</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Human Rights Defenders: Protecting the Right to Defend Human Rights*. Ginebra: OACNUDH [En Línea]. <[www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29en.pdf)> [25 agosto 2015].

<sup>18</sup> Amnistía Internacional. “Actores esenciales de nuestro tiempo”: los defensores de los derechos humanos en América. Londres: Amnistía Internacional, 2003, p. 4 [En línea]. <<https://www.amnesty.org/en/documents/amr01/009/2003/en/>> [25 agosto 2015].

internacionales, los Estados tienen la responsabilidad primordial de proteger los derechos humanos.<sup>19</sup> Por tanto, estas intervenciones son necesarias cuando existen movimientos sociales que luchan contra el *status quo* y se ejerce violencia contra los DDHs, ya sea realizada directa o indirectamente por agentes del Estado, o permitida por sus instituciones.

Pero para que estas intervenciones puedan funcionar deben existir otras dos condiciones que forman parte de la naturaleza de los estados. Primero, los estados donde se realizan dichas intervenciones tienen que ser sensibles a los posibles costes políticos generados por el aumento de la presión internacional tras un potencial ataque contra DDHs. Segundo, estos estados deben tener suficiente capacidad de control sobre sus agentes y ser capaces de prevenir su actuación de manera independiente. Estas dos condiciones implican que las intervenciones internacionales no violentas pueden trabajar eficazmente en Colombia, Guatemala y México; pueden funcionar parcialmente en Palestina e Israel; pero, hipotéticamente, no funcionarían en China, Irán o Congo<sup>20</sup>.

Las organizaciones que intervienen también creen que su trabajo disuade la violencia de los grupos ilegales, como grupos extremistas, paramilitares y “escuadrones de la muerte”. Sin embargo, no hay consenso acerca de la efectividad de su protección contra los grupos ilegales. El caso de Colombia ilustra esto. Algunas organizaciones que intervienen no pretenden tener capacidad de disuasión contra las guerrillas pero otras organizaciones internacionales, así como muchos DDHs y grupos locales sí que les reconocen tal capacidad de disuasión, Por tanto este es un punto que requiere de más investigación para ser aclarado.

Finalmente, hay que mencionar dos factores importantes que afectan a la capacidad de disuasión de estas intervenciones. Estos aspectos se refieren a las percepciones del autor y el cálculo de costes y beneficios en caso de que se lleve a cabo un ataque. En primer lugar, hay que tener en cuenta que la disuasión no funciona correctamente si el agresor pone en duda la capacidad de protección de la intervención o la voluntad de la comunidad internacional para reaccionar ante los ataques contra los DDHs. En esta situación, el agresor podría evaluar que llevar a cabo un ataque tendría unos costes políticos bajos y podría asumirlos sin demasiados problemas. En segundo lugar, la protección proporcionada resulta ineficaz cuando los potenciales perpetradores creen que los beneficios de un ataque son mayores que los costos en que incurren. Estos factores implican que cada organización tiene

---

<sup>19</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Human Rights Defenders...*

<sup>20</sup> Checa Hidalgo, Diego. “Intervenciones internacionales noviolentas...; y ÍD.: “Intervenciones internacionales noviolentas en los Territorios Palestinos. Contribuciones de la sociedad civil global a la lucha no-violenta contra la ocupación”. *Historia Actual Online*, 2015, 36 (1), pp. 25-39.

que considerar cuidadosamente dónde y cómo ejecuta su intervención para prevenir los actos violentos y que sea realmente protectora.

Bajo las condiciones apropiadas, y después de una evaluación de riesgos adecuada, existe una gran confianza en la capacidad de estas intervenciones para proteger a los DDHs y organizaciones sociales locales. A veces no son capaces de generar la disuasión necesaria para prevenir la violencia y hay situaciones en las que la protección no es efectiva y los DDHs son atacados. Afortunadamente, estos casos son escasos y el éxito de estas intervenciones en la prevención de la violencia directa es alto. Esta es la razón principal de su continua demanda: estas intervenciones proporcionan una protección útil para las personas vulnerables ante la violencia política.

### Referencias bibliográficas

- Amnistía Internacional. “*Actores esenciales de nuestro tiempo*”: los defensores de los derechos humanos en América. Londres: Amnistía Internacional, 2003 [En línea]. <<https://www.amnesty.org/en/documents/amr01/009/2003/en/>> [25 agosto 2015].
- Bourtos-Ghali, Boutros. *An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-keeping. Report of the Secretary-General Pursuant to the Statement Adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992*. New York: Naciones Unidas, 1992.
- Checa Hidalgo, Diego. “Intervenciones internacionales no violentas. Herramientas para la transformación de conflictos”. *Convergencia*, 2011, 18 (56), pp. 87-109.
- “Orígenes y desarrollo de las intervenciones internacionales no violentas para la transformación de conflictos”. *Historia Actual*, 2012, 28, pp. 21-35.
- “Intervenciones internacionales no violentas en los Territorios Palestinos. Contribuciones de la sociedad civil global a la lucha no-violenta contra la ocupación”. *Historia Actual Online*, 2015, 36 (1), pp. 25-39.
- Front Line Defenders. *Stop the Killing of Human Rights Defenders: Annual Report 2016*. Dublin: Front Line Defenders [En línea]. <<https://www.frontlinedefenders.org/en/resource-publication/2016-annual-report>> [15 agosto 2015].
- Mahony, Lian y Eguren, Luis Enrique. *Unarmed Bodyguards. International Accompaniment for the Protection of Human Rights*. West Hartford: Kumarian Press, 1997.
- Martin Quintana, María y Eguren Fernández, Enrique. *Protección de defensores de derechos humanos: buenas prácticas y lecciones a partir de la experiencia*. Bruselas:

- Protection International, 2011 [En línea]. <[http://protectioninternational.org/wp-content/uploads/2012/04/rtu\\_proteccion\\_defensores\\_web.pdf](http://protectioninternational.org/wp-content/uploads/2012/04/rtu_proteccion_defensores_web.pdf)> [15 agosto 2015].
- Moser-Puangsuwan, Yeshua. y Weber, Thomas (Eds.). *Nonviolent intervention across borders. A recurrent vision*. Honolulu: Spark M. Matsunaga Institute for Peace/University of Hawaii, 2000.
- Peace Brigades International. *Annual Review 2007–2008*. Londres: Peace Brigades International, 2008.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Human Rights Defenders: Protecting the Right to Defend Human Rights*. Ginebra: OACNUDH [En Línea]. <[www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29en.pdf)> [25 agosto 2015].
- ONU Resolución de la Asamblea General 53/144. *Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms*. 9 de diciembre de 1998.
- 70/61. *Human rights defenders in the context of the Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms* [en línea]. 17 de diciembre de 2015. <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/161](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/161)> [15 agosto 2015].
- Sharp, Gene. *The politics of nonviolent action*. Boston: Sargent Porter, 1973.
- Shell, Jonathan. *The unconquerable world: Power, nonviolence, and the will of the people*. Londres: Allen Lane, 2004.
- Weber, Thomas. “From Maude Royden’s Peace Army to the Gulf Peace Team: An assessment of unarmed interpositionary peace forces”. *Journal of Peace Research*, 1993, 30 (1).



II. LITERATURA Y PINTURA  
COMO INSTRUMENTOS  
ALTERNATIVOS PARA LA DEFENSA  
DE LOS DERECHOS HUMANOS



**LA HISTORIA, EL RELATO Y EL SER DEL HOMBRE:  
DON QUIJOTE DE LA MANCHA**

**THE HISTORY, THE REPORT AND THE BEING OF MAN:  
DON QUIJOTE DE LA MANCHA**

José M<sup>a</sup> Arbizu

*Profesor jubilado de la Facultad de Teología de San Esteban. Salamanca*

**Resumen:** D. Quijote de la Mancha como sujeto de la historia del hombre.

**Palabras clave:** D. Quijote de la Mancha, Relato, Historia.

**Abstract:** Don Quixote de la Mancha as subject of the history of man

**Keywords:** D. Quijote de la Mancha, Story, History.

## **1. Introducción**

A quien accede a la existencia racional la magia le sale al encuentro. Y no la magia de una simple fenomenología o una sutil formalidad, sino la magia de la ontología del ser de las cosas. Se trata de la magia del ser de la Realidad en todos sus rasgos, dimensiones y palabra de ultimidad.

Por si esto pareciera una fanfarronada inconsistente o una vulgar perogrullada, pensemos en el hecho sorprendente de que el hombre, todo hombre, incluido el de a pie, no tienen problema en hablar de todo lo humano y Divino con la mayor seguridad del mundo.

Y ¿qué dimensiones, rasgos y palabra de ultimidad ofrece la existencia racional al hombre, caballero o simple escudero del existir? En primer lugar, el espacio - inmensidad mensurable en la totalidad-, que abre en universo la realidad. En segundo lugar, el tiempo -dinámica de lo real-, que lleva las cosas a la forma última de la realidad. Y en tercer lugar, la ontología; el hecho de ser todo en el Ser de la Realidad, y serlo en la forma de la misma: la logia.

En la existencia racional el espacio, el tiempo y la ontología ultiman su condición en la palabra; en la dicción formal que, viniendo del hecho real y expandiéndose en el signo fenoménico, sitúa las cosas en la ultimidad inteligible.

Es aquí, en la versión formal, en el logos, donde aparece la existencia como magia; magia en que todos los sentidos y contenidos vierten el existir en ser. Por eso el acceso a la existencia racional no es una entrada en el existir lúdico, como si éste fuera

una broma de buen o mal gusto, sino un acceso al complejo ser ontológico en todos sus modos, formas y trascender soberanos.

Y surge ahora la pregunta: ¿Cómo da la ontología, y en ella el hombre, en el logos de la palabra, en ese prodigio de la dicción formal del universo de la realidad?

Da por la propia condición de la realidad cuyo darse es decirse en su estructura categorial del *esse esencial*, *dicere lógico* y *consummare ultimante*.

Es en este procede trifásico, vertido en la historia ontológica del hombre, donde aparece la forma diccional y, en ella, con su despliegue, la razón sapiencial.

La razón sapiencial, e.d., la clave del saber categorial, o si quieres la posición exacta de todo saber real, ha aparecido en la historia del ser, conocer y saber del hombre, de modo sorprendente, en las ciencias de este siglo y medio último, como la antropología, psicología, gnoseología, fenomenología y filosofía del lenguaje. Con este logro, extendido a todas las ciencias de uno u otro género, la dicción seguirá siempre el camino de la dación. Y ¿podremos hablar ahora, en el extraño ahora de nuestro tiempo, de razón sapiencial? Sí. Porque en el ahora de la realidad se da siempre la razón sapiencial. Y esto, por fas o por nefas; por razón indiscutible de la propia realidad.

Sin olvidad que el fas y el nefas, el nefas y el fas mantienen en todo tiempo y momento una honda y compleja dialéctica. Se trata en el fondo de una dialéctica entre el saber dirigente y el ignorar obediente; entre la dirección y el seguimiento del devenir existencial. Todo ello protagonizado en el ser de la humanidad.

Vengamos al fas. A la vertiente positiva del fenómeno. Ella nos explicará no pocas cosas.

El análisis del pensar dirigente de la humanidad -occidental en particular- nos da un paisaje curioso y apasionante. Es la confluencia de la razón sapiencial, el vaciamiento de la creencia y la aparición de la confusión del pensamiento.

La razón científica ha ido conformando de una manera radical un saber equivalente a la marcha de las grandes necesidades y complejidad del momento global de la humanidad; saber llevado por la mente dirigente.

Ello ha situado a la masa de la misma en la inferioridad y, casi, en la invalidez del existir ontológico.

Si esto lo llevamos a la razón lógica, a la filosófica y a la teológica nos encontramos con un pensar indeciso, un razonar vencido y una huida del teologizar; es decir, una situación de creencia general que, sometida al vaciamiento correspondiente - el propio de la creencia-, nos da el mareo del pensamiento contemporáneo.

Ningún caso mejor para ver este proceso que el de la religión. Cuando, como es el caso actual, se ha llevado la teología a la razón sapiencial de precisar todo concepto, cosmovisión y palabra en uso a su valor adecuado, se ha vaciado la creencia y se ha dado en la extraña confusión del existir; sobre todo, religioso.

¿Es que la razón sapiencial constituye una rémora para el pensar y el existir del hombre? La razón sapiencial equivale exactamente a la razón existencial; mejor a la razón ontológica. Situada y llevada a todos los lugares y a todas las mentes donde opera el hombre, la razón sapiencial equivale a la verificación del universo del ser y existir.

Nada ni nadie que esté en la razón sapiencial podrá hablar de inconsistencia e incomodidad en ningún orden de las cosas. De ahí la necesidad de situarse y hablar desde esta razón que, en el fondo, resulta categorial.

Puestos en la razón sapiencial que nos brindan las diversas posiciones científicas siempre sin ánimo exclusivo, sino con el estimativo, vamos a señalar las cinco cimas determinantes que a nuestro parecer han conformado el ser de la antropología actual; fundamentalmente occidental. La primera es la sabiduría griega; La segunda, la teofanía del N.T., en Jesús de Nazaret; La tercera, la figura de la humanidad plasmada en Europa; La cuarta, la figura del Sujeto humano proyectada por Don Quijote de la Mancha; La quinta, la propia razón sapiencial lograda en este nuestro tiempo científico.

La sabiduría griega ha dado en la cima del saber con la verdad del pensamiento que, en posición metodológica categorial, busca la palabra que cierre en Verdad el Universo de la Realidad.

La teofanía neotestamentaria, dada en la plenitud de los tiempos del orden teológico-Divino<sup>1</sup>, con la encarnación del Verbo ha vertido la realidad en Filiación ante Dios, Padre.

La figura de Europa que, más que encarnación de la polis, nos habla de la encarnación de la humanidad en la polis, ha conformado la figura-morada del ser del hombre, en todas sus dimensiones, con la construcción y mantenimiento de una adecuada materialidad; el desarrollo y dignidad de la persona; el juego ensoñador en el arte -arquitectura, pintura, música y póyesis del pensar y literatura-; el organigrama existencial puesto en los valores categoriales; la consistencia del saber formulado en la

---

<sup>1</sup> Galatas 4,4.

filosofía; y una teología apoyada siempre en la humanidad del cristianismo. En fin, una figura-morada cercana al ser soñado de la hominidad, llamada Europa.

La emergencia de la figura del Sujeto halla en Don Quijote de la Mancha su epifanía descarada. Nunca se había brindado el ser del hombre en tan clara y tamaña figura de Sujeto humano como en el caso del héroe manchego llamado por Cervantes Don Quijote de la Mancha.

Desde el principio al final de la aventura del Caballero andante, nuestro hermano, no se respira otro aire que el de la forma que lleva al hombre por los caminos del existir.

Y finalmente tenemos la razón sapiencial que se ha presentado en nuestro tiempo en la especie del logos prodigioso de la ciencia de la conciencia; de la que ya hemos hablado.

Desde esta atalaya de la razón sapiencial apuntamos los hitos progresivos de nuestro tema: la historia, el relato y el ser del hombre en el Quijote de Miguel de Cervantes.

## 2. La historia

La coordenada básica en que está formulado el Quijote, y en él Don Quijote, es la historia. No una historia del acontecer formulable en las exigencias de la verificación material, sino la historia del acontecer humano dado en las coordenadas de la condición categorial del sujeto.

Tal distinción nos la ofrece Sansón Carrasco cuando nos dice: “Uno es escribir como poeta, y otro como historiador; el historiador ha de escribir las cosas, no como debían ser, sino como fueron, sin añadir ni quitar a la verdad cosa alguna; el poeta puede contar o cantar las cosas, no como fueron, sino como debían ser”<sup>2</sup>.

Este tipo de historia, como nos recuerda expresamente Cervantes, es como orden desordenada y así nos dice que “el arte, imitando la naturaleza parece que allí la vence apareciendo ahora como orden desordenada”<sup>3</sup> -cosa de que se encargaría don Quijote-

Ya en nuestros tiempos son los grandes hermeneutas del fenómeno cervantino quienes nos hablan de la sorprendente historia de Don Quijote.

“La originalidad del tema y personaje quijotesco, más que sobre la originalidad singular, se apoya y se constituye por medio de la autorrealización del personaje que,

---

<sup>2</sup> Cervantes, Miguel de. *Don Quijote de la Mancha*. II parte, capítulo 50 (en adelante, II, 50).

<sup>3</sup> *Ibidem*, I, 50.

por cierto, llevará ribetes de locura... Por primera vez el personaje literario aparece en estado adámico. En estas circunstancias, liberado de la determinación de patria, padres, nombre y datos especificadores, el personaje pronuncia el “fiat lux” de su mundo, que se estructura de inmediato con la solidez que le confiere descansar sobre una creciente voluntad de autorrealización. La locura es la necesidad sine qua non para Don Quijote”.

Tal originalidad novelesca se debe, en palabras de Foucault, a la misma naturaleza del lenguaje infinito en que van dadas: “Todos estos textos escritos todas estas novelas extravagantes carecen justamente de igual: nada en el mundo se les asemeja jamás; su lenguaje infinito queda en suspenso, sin que ninguna similitud venga nunca a llenarlo”<sup>4</sup>.

Y en palabras de María Zambrano se debe a la naturaleza de la acción que emprende el personaje: “Partiendo la criatura llamada hombre de su ser pensante va hacia la acción; y entonces se pierde a sí mismo, se sueña, y al soñarse se da un ser; ese ser por el que penaba”<sup>5</sup>.

En realidad la originalidad de fondo del tema quijotesco está ligada a la misma naturaleza, proceso y ser del hombre; a la patencia y evento del hombre como originalidad creadora y recreadora de la realidad. Y es que el hombre supone, como simple fenómeno, una novedad en lo real; y como ser inteligible, toda una pasmosa innovación en el horizonte de la idealidad.

### 3. El relato

Ya en el espacio de lo que ha de ser -la novela-relato; aparecen las grandes estructuras que construyen tan singular modo de ser como es la Aventura.

Apuntamos las principales.

- En primer lugar está la ambigüedad, que apoyada en la versatilidad funcionará entre el signo-certeza-realidad y el símbolo-dimensión creativa-idealidad.

Es aquí donde nos recuerda María Zambrano que “parece imposible el superar la perfección cervantina en la ambigüedad”<sup>6</sup>.

- En segundo lugar se ofrece la parodia; el “extraño pensamiento” que lleva al Hidalgo manchego a su acción “genial”. Nos recuerda Casaldueiro que la parodia pone este doble fondo a la acción. “Al mismo tiempo, la acción está cargada de

---

<sup>4</sup> Foucault, Michel. *Las palabras y las cosas*. México: siglo XXI, 1971, p. 53.

<sup>5</sup> Zambrano, María. *España, sueño y realidad*. Barcelona: Edhasa, 1982, p. 26.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

antítesis sugestivas; sociedad u espíritu, ser y parecer, idealismo-realismo, poesía y prosa. Antítesis que no se enfrentan como en la Disputa gótica, sino que se entrelazan apasionadamente en el diálogo barroco”<sup>7</sup>.

En tercer lugar, tenemos la ironía, que como fondo chispeante del relato cervantino, nos lleva a la verdadera situación significativa de la aventura.

Oigamos a Avalor-Arce: “Lo más curioso y distintivo del Quijote es que la inmensa mayoría de sus personajes aparecen como lo que no son; así el hidalgo manchego aparece como Caballero andante; el zafio rústico, como escudero; Dorotea como la princesa Micomicona, y los demás por el estilo. La ironía, ese frágil puente con que nuestra mente une el ser y el no ser, parecería como si Cervantes hubiese entendido que, más que una gala del ingenio y un artificio artístico, es una forma de vida. Más aún: la ironía sería desde este prisma, la única forma de vida con lo que Américo Castro ha llamado “realidad oscilante”. En el mundo de los baciyelmos la ironía es una necesidad, o quizás sea el revés”<sup>8</sup>

En cuarto lugar, la estructura circular.

La forma del acontecer cósmico juega en la temporalidad histórica con el engarzar pasado-presente-futuro y viceversa; en la contingencia del hombre, con el proceso de nacer-vivir-morir; y en el caso que exponemos, con el movimiento de salida de casa, aventuras en paisaje y paisaje abiertos y vuelta de ellos a la casa, junto con “una mocedad, una madurez y una senectud de la locura” que corresponden tanto al sujeto de la aventura como al libro de la escritura<sup>7</sup>.

Circularidad singular, en palabras de Casaldueiro, en que la dialéctica del pasado-presente-futuro ha dado en la historia de la conciencia actual. Así nos dice que “a partir del Quijote todas las épocas han tomado posesión del presente con una conciencia histórica. Su personalidad ha surgido con conciencia del pasado, en lucha con él. Conflicto patético, tragicómico, común a todo el mundo moderno y sacado a la luz en el Quijote”<sup>9</sup>.

Y estructura circular que se amplía a utopía-contrautopía. Es ahora Maravall quien nos dice que “Cervantes construye las líneas originarias de la utopía, para mostrar luego en la comicidad, fracaso y tristeza el comportamiento en que las gentes quedan fuera del tiempo y del espacio históricos, reales”.

---

<sup>7</sup> Casaldueiro, Joaquín. *Sentido y forma del “Quijote”*. Madrid: Ínsula, 1975, p. 24.

<sup>8</sup> Avalor Arce, Juan Bautista. *Don Quijote como forma de vida*. Madrid: Castalia, 1976, p. 93.

<sup>9</sup> Casaldueiro, Joaquín. *Sentido y forma del....* p. 23.

Llegados a este punto conviene abordar una cuestión que de alguna manera confunde tanto a la homogeneidad del relato como a no pocos comentaristas del mismo. Nos referimos al final del libro y de la afirmación caballerescas del Hidalgo sobre su aventura: ¿Locura? ¿Sensatez? ¿Qué?

La “renuncia a la locura y entrada en la sensatez” de II, 74, equivalente a terminar la vida con un examen del sentido existencial y la recepción de la Investidura trascendente no está fuera de la Orden de Caballería profesada por Don Quijote de la Mancha. No sólo tiene la misma seriedad, si no más que aquella de la venta<sup>10</sup>, sino que va avalada por la constante referencia a la dimensión Divina de esta aventura de la humanidad. Bástenos recordar aquello de Sancho: “No ha de vivir el hombre en hoto de otro, sino de Dios” (II, 4), y la dimensión subyacente de la misma: la aventura de la santidad y seguimiento de Quien” resucita muertos, da vista a los ciegos, endereza a los cojos y da salud a los enfermos” (II, 8) de tal Caballero y escudero. (Aquí, como en tantos casos, hay que estar muy atentos a Cervantes; el sutil y hábil narrador de la Aventura).

En quinto lugar, la dimensión discursiva.

Palabras-cosas, o las aventuras; signos-marcas de similitud, o la escritura-caballería errante signando la realidad; locura-analogía, o Don Quijote jugando sin regla a lo Mismo y a lo Otro. Foucault.

“Con todas sus vueltas y revueltas, las aventuras de Don Quijote trazan el límite: en ellas terminan los juegos antiguos de la semejanza y de los signos; allí se anudan nuevas relaciones. Don Quijote no es el hombre extravagante, sino más bien el peregrino metódico que se detiene en todas las marcas de similitud. Es el héroe de lo Mismo. Todo su ser no es otra cosa que lenguaje, texto, hojas impresas, historia ya transcrita. Está escrito en palabras entrecruzadas; pertenecen a la escritura errante por el mundo entre las semejanzas de las cosas”.

En sexto lugar, la dimensión mítico-humana. Es ahora María Zambrano la que guía nuestro discurso.

“No podíamos dudar los españoles de que la figura de Don Quijote de la Mancha sea nuestro más preclaro mito, lo más cercano a la imagen sagrada... Cervantes ha realizado la hazaña poética de liberar a uno de esos “monstruos sagrados”, y a una de esas pasiones de ser y existir que oprimen al hombre y lo exaltan... Don Quijote,

<sup>10</sup> Cervantes, Miguel de. *Don Quijote* ... I, 3.

portador de un largo ensueño ancestral, de la pasión de la libertad y del amor encadenados, ha obedecido, como han obedecido ciegamente todos los protagonistas de tragedia, a esa pasión de que son víctimas”<sup>11</sup>.

Y así, “la figura de Don Quijote, portadora del ancestral sueño de la libertad encadenada, manifiesta el conflicto de ser hombre en la historia, contra ella, a través de ella y aún más allá de ella”.

En séptimo lugar tenemos la dimensión antro-po-suetiva. Para el autor, Arbizu, don Quijote está situado en el plano y dimensión de la subjetividad; de la forma consciente que guía la ontología de la realidad. Nos dice: “Las coordenadas a que se abre el Quijote como totalidad y que encarna su personaje central, Don Quijote, como identidad son esencialmente las propias de la forma del sujeto. La cultura-como lugar de origen-, la singularidad metacomún- como lugar de acción-, la subjetividad-como prisma de laboratorio-, la antropomorfía -como forma ontológica de la realidad- suponen los vehículos de existencialidad en que actúa el Caballero Andante especial que es Don Quijote.

El Caballero Andante es quien es por razón de la sinrazón, es decir, por la forma metaobjetiva de la subjetividad que crea y recrea el universo de la neorrealidad.

El pasado se le hace presente como mito y símbolo del hombre; el presente le equivale a una interpelación-encuentro igualmente humano; y el futuro se abre a esa “edad, todo paz, todo amistad, todo concordia”<sup>12</sup>; por eso nos hablará de la “dichosa edad y dichoso siglo aquel donde saldrán a la luz las famosas hazañas mías... para memoria en lo futuro”.

El molino, el batán, el cuero de vino, el barco... antropomorfizándose en su mente de sujeto, le interpelarán visceralmente.

El arriero, la moza, el ventero, el caballero, portadores de la figura de hominidad, le llevarán al encuentro interpersonal, intenso y emocionado.

El horizonte todo, la realidad global, su existencialidad, supondrán para Don Quijote una cosmovisión y dinámica esencialmente humana. Todo en el Caballero Andante sabe a hombre; a sujeto humano.

En este momento y lugar, y siempre dentro de la versión antropológica, es José Echeverría quien nos muestra al Caballero como símbolo y guía de la realización y autorrealización del hombre.

---

<sup>11</sup> Zambrano, María. *España, sueño...* p. 26.

<sup>12</sup> Cervantes, Miguel de. *Don Quijote ...* I, 11.

“Este sujeto borroso... al salir de su casa se da a la luz; entrando en el mundo... queda expuesto a los grandes nubarrones de una vida vivida por vocación... El desvarío de Don Quijote es el del hombre, es esa locura que llamamos “vivir”; consiste en negar lo que es, en favor de lo que pudiera ser; un desrealizar lo dado por el anhelo de un futuro que imaginamos más rico, más verdadero que el triste presente que hoy vivimos; es la voluntad de darse un mundo, y de instituir en él un orden, con algo que ahora falta, pero que podemos aportar”<sup>13</sup>.

En esta tarea, el relato cervantino, con su héroe don Quijote, nos ha afectado a los lectores y actores mismos: “No queda igual el mundo después que Cervantes publicase su libro; no quedamos nosotros iguales después de leerlo, si lo leemos bien. Don Quijote logra, en parte, alterar el mundo y la sociedad, aunque de un modo diferido y más secreto, complejo y difícil que aquél que creyó factible”.

Para redondear esta vertiente humana del tema vengan estas palabras gráficas del mismo: “Si un símbolo pudiera resumir eficazmente la novela de Cervantes sería el del espejo... Al leer el Quijote, confiados en nuestra normalidad... nos reímos del pobre loco y sus extravagancias. Y de pronto, tras varias lecturas -acaso al llegar a los umbrales de la vejez-, comprendemos por fin: la ventana por la que creíamos mirar era un espejo; y el loco que nos divirtió y del que nos reíamos de tan buena gana, era nuestro doble: éramos nosotros mismos”. Era el hombre en su yoscienza.

#### **4. El ser del hombre**

Si la lectura del Quijote, y en particular de Don Quijote -fundamentalmente un relato figura-forma-, se realiza quedándose en la figura, tenemos en el Caballero al hombre desatinado. Pero si vamos a la forma, damos en la verdadera historia del fenómeno: el Don Quijote que, emergiendo de la condición de sujeto, y superando el trauma de la esclavitud existencial, se lanza generosa y valientemente a la dimensión del héroe de la hominidad como “héroe varonil del proyecto de humanidad”, en palabras de María Zambrano, es el proyecto mitificador del hombre en la auténtica y mejor humanidad.

En esta humanidad está en primer lugar la mujer; la mujer en su mejor femeneidad, no solo en las zagalas y en sueños diversos, cuanto en las públicas que pasan a dueñas, las amantes que operan como emperatrices y, no digamos, en las

---

<sup>13</sup> Echeverría, José. *Libro de conversaciones, I: Cervantes, Dostoyevski, Nietzsche, Machado*. Barcelona: Anthropos, 1986.

amantes caballerescas, caso Dulcinea, que opera como mito femenino de la heroicidad caballeresca.

El mismo Sancho, para quien la mujer es más presionante que el aro de una cuba<sup>14</sup>, es compleja en la verdad (“Entre el sí y el no de la mujer no cabe la punta de una alfiler”<sup>15</sup>), celosa<sup>16</sup> y maduradora en lo físico<sup>17</sup>, tiene una curiosa preocupación por la conservación de su rostro (“Gasta mucho la faz de las mujeres andar siempre al campo, al sol y al aire”,<sup>18</sup>), y una pasión por su hija, -fantasía de lo femenino, pues “es fresca como una mañana de abril, a quien cría para condesa y que se puede presentar al papa en persona”<sup>19</sup> -, junto con un pasmo ante la doncella encontrada en la ronda por la Isla Barataria, “hermosa como mil perlas”<sup>20</sup>, a quien ha de volver a mirar por su belleza; sin olvidar, por contraste, las condiciones femeninas en todo ensueño de mujer<sup>21</sup>.

En esta misma línea, ya en palabras del Caballero y dentro del ensueño de Arcadia<sup>22</sup>, se recrea el tiempo de “las simples y hermosas zagalas que andaban de valle en valle y de otero en otero, en trenza y en cabello, sin más vestidos de aquellos que eran menester para cubrir honestamente lo que la honestidad quiere y ha querido siempre que se cubra”<sup>23</sup>.

En este ámbito, y como cenit del asunto, brinda Don Quijote la belleza y valor femenino en la línea de Marcela-Dorotea-Dulcinea, y en el fondo, Teresa de Jesús, a quien admira y a quien se dirige directamente en su momento.

Ya en el terreno de lo masculino la figura del varón va del pastor enamorado<sup>24</sup>, a los “hermanos cabreros”<sup>25</sup>, a Cardenio “muy gentil y agraciado mancebo... bien nacido y muy cortesana y gentil persona”<sup>26</sup>... lo mismo que a todo caballero a la vista que, con ello, pasa a caballero andante.

En esta misma línea de figura distinguida, ya en proporciones extremas, tenemos al propio Caballero Andante, que, sobre su catadura y extraña decisión, añade la sabiduría y metamorfosis en sí: “Quedó Sancho de nuevo, como si jamás hubiera

<sup>14</sup> Cervantes, Miguel de. *Don Quijote* .... II, 7.

<sup>15</sup> *Ibidem*, II, 19.

<sup>16</sup> *Ibidem*, II, 22 y 25.

<sup>17</sup> Quínola, II, 19.

<sup>18</sup> Cervantes, Miguel de. *Don Quijote* . I, 25.

<sup>19</sup> *Ibidem*, II, 13.

<sup>20</sup> *Ibidem*, II, 49.

<sup>21</sup> *Ibidem*, II, 10.

<sup>22</sup> *Ibidem*, II, 58.

<sup>23</sup> *Ibidem*, I, 11.

<sup>24</sup> *Ibidem*, II, 19.

<sup>25</sup> *Ibidem*, I, 11.

<sup>26</sup> *Ibidem*, I, 23.

conocido a su señor, admirado de lo que sabía”<sup>27</sup>, y la facultad mentada de la creación y recreación de la figura significativa en su aventura: “Has de saber, Sancho, que todo lo que digo -sobre Dulcinea- es así, sin que sobre ni falte nada, y píntola en mi imaginación como la deseo, así en la belleza como en su principalidad”<sup>28</sup>.

Para dar con la figura sorprendente del Caballero Andante nada mejor que la mente y palabra del joven poeta Lorenzo de Miranda: “Quién diremos, señor, que es este caballero que vuesa merced nos ha traído a casa. Que el nombre, la figura y el decir que es caballero andante, a mí y a mi madre nos tienen suspensos”<sup>29</sup>.

-Se trata, joven generoso y mejor poeta del orbe, de Don Quijote de la Mancha, el enloquecido personaje de la humanidad-.

## 5. Panorama y coordenadas de la aventura del sujeto racional

En la avanzadilla de la verdadera aventura humana tenemos las Coordenadas.

- El espacio abierto, con fondo en epifanía antropomórfica.
- La categoría de lo humano como razón de la aventura; en la naturaleza, más que en la población.
- La dimensión: la libertad y la mejor humanidad.
- La aventura humana, siempre en la inmediatez e igualdad del encuentro, y con el ánimo de dar siempre en el relato de lo humano.
- Al final, la aventura humana que queda en el signo hermenéutico de la dialogía en su dimensión trascendente.

Como fondo de esta aventura están las categorías que sustentan y llevan la condición del hombre.

- La categoría de la realización. Categoría esencial del existir.
- La libertad, como dimensión y oportunidad de la ontología.
- La liberación, como ejercicio de la libertad de toda posición real.
- La idealidad, como forma constructora de la auténtica y mejor humanidad.
- La paz, como estado auténtico del devenir de la realidad.
- La antropomorfía, con su encantamiento, como forma pura de la humanidad. (Para no dejar olvidado este fenómeno, he aquí el prodigioso pasaje: “¿Cual

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, II, 58.

<sup>28</sup> *Ibidem*, I, 25.

<sup>29</sup> *Ibidem*, II, 18.

de los vivientes habrá en el mundo que ahora por la puerta de este castillo entrara, y de la suerte que estamos nos viere, que juzgue y crea que nosotros somos quien somos”<sup>30</sup>).

- La inteligencia hermenéutica como modo de concepción de esta nuestra hominidad.

Y, finalmente, la trascendencia del universo de la realidad y hominidad: “No ha de vivir el hombre en hoto de otro, sino de Dios”<sup>31</sup>.

Acciones

- La liberación del hombre<sup>32</sup>.
- Liberación de las estructuras gigantes sociales<sup>33</sup>.
- Liberación de las guerras, turco-cristianas<sup>34</sup>.
- Liberación del mal gobierno social<sup>35</sup>.
- Liberación del mal curso de la justicia social<sup>36</sup>.
- Liberación de las hambres<sup>37</sup>.
- Liberación de los desprotegidos y atención a los pobres<sup>38</sup>.
- Búsqueda de la Edad de oro, en todos los sentidos y contenidos, en que “todo era paz, todo amistad y todo concordia”<sup>39</sup>.

Pata todo eso, “los Andantes caballeros -los sujetos heroicos de todo tiempo- tomaron a su cargo y echaron sobre sus espaldas la defensa de los reinos, el amparo de las doncellas, el socorro de los huérfanos y pupilos, el castigo de los soberbios y el premio de los humildes... superando la pereza de la diligencia, la ociosidad del trabajo, el vicio de la virtud y la arrogancia de la voluntad y de la teórica<sup>40</sup>.

## 6. Don Quijote y el sujeto actual. Sugerencias

Siguiendo la estela antropológica que, rauda e inquieta traspasa el cielo de la modernidad, llamada popularmente Don Quijote de la Mancha, nos preguntamos. ¿Dónde está el hombre del devenir ontológico, el hombre de la historia: en el ser de su ser, o en el ser de su soñar el ser?

<sup>30</sup> *Ibidem*, I, 37.

<sup>31</sup> *Ibidem*, II, 4.

<sup>32</sup> Alegoría del Barco encantado. Cervantes, Miguel de. *Don Quijote ...* II, 29.

<sup>33</sup> Molinos de viento. Cervantes, Miguel de., *Don Quijote ...* I, 8.

<sup>34</sup> Alegoría rebaños-ejércitos. Cervantes, Miguel de. *Don Quijote ...* I, 18, II, 1.

<sup>35</sup> Insula Barataria. Cervantes, Miguel de. *Don Quijote ...* II, 42-47.

<sup>36</sup> Liberación de los galeotes. Cervantes, Miguel de. *Don Quijote ...* I, 22.

<sup>37</sup> Bodas de Camacho. Cervantes, Miguel de. *Don Quijote ...* II, 20.

<sup>38</sup> Cervantes, Miguel de. *Don Quijote ...* II, 23.

<sup>39</sup> *Ibidem*, I, 11.

<sup>40</sup> *Ibidem*, II, 1.

La respuesta no se hace esperar.

La situación antropológica actual sabe demasiado a sueño; y en él, a no poco ensueño. La evasión a la fantasía de los libros de caballería medievales ha pasado ahora a los juegos virtuales de la misma, con sorprendente presencia de la magia evasiva en el fenómeno humano.

Igualmente, la situación amorosa ha pasado de ensueño a sueño. Dulcinea se ha convertido en entreverada Maritornes.

Y ¿qué decir de la hombría racional?

Aquí tenemos un sueño prodigioso. El sueño de quien flotando en la evasión de lo real despierta extrañado en la pregunta: ¿Seré un ser racional?

Pero al sueño y al ensueño, a la fantasía y su decepción vienen en ayuda la hermenéutica y la razón sapiencial. La hermenéutica de dar siempre en sueño real y la razón sapiencial de darlo en la condición racional.

Con ello, y siempre dentro del humor e ironía cervantina, nos preguntamos: ¿Podrá el sujeto actual afirmar con Don Quijote: “Caballero andante soy, y no de aquellos cuyos nombres jamás la fama se acordó para eternizarlos en su memoria, sino de aquellos que han de poner su nombre en el templo de la inmortalidad, para que sirva de ejemplo y dechado de los siglos venideros?”<sup>41</sup>.

Ahí queda la pregunta y el humor.

### Referencias Bibliográficas

Foucault, Michel. *Las palabras y las cosas*. México: siglo XXI, 1971.

Zambrano, María. *España, sueño y realidad*. Barcelona: Edhasa.

Cervantes, Miguel. *Don Quijote de la Mancha*.

Casalduero, Joaquín. *Sentido y forma del “Quijote”*. Madrid: Ínsula, 1975.

Avallé Arce, Juan Bautista. *Don Quijote como forma de vida*. Madrid: Castalia, 1976.

Echeverría, José. *Libro de conversaciones, I: Cervantes, Dostoyevski, Nietzsche, Machado*. Barcelona:

Anthropos, 1986.

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, I, 47.



# **ANATOMÍA Y TRANSFORMACIÓN DE LA REALIDAD: UN DISCURSO PLÁSTICO EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS**

## **ANATOMY AND TRANSFORMATION OF REALITY: A PLASTIC DISCOURSE ON HUMAN RIGHTS**

Francisco Marcos Palomo Ramos

**Resumen:** El presente artículo ofrece un breve repaso del discurso subyacente a la muestra pictórica "Anatomía y Transformación de la Realidad" (obra de Francisco Marcos Palomo Ramos), incluida en la exposición titulada "Discursos Plásticos sobre los Derechos Humanos", presentada en el marco del Congreso Internacional de Historia de los Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca titulado "El Cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a la profesora M<sup>a</sup>. Esther Martínez Quinteiro".

**Palabras clave:** Derechos Humanos; Arte conceptual; Discurso plástico; Filosofía.

**Abstract:** The present article offers a brief review of the discourse underlying the pictorial exhibition "Anatomy and Transformation of Reality" (work of Francisco Marcos Palomo Ramos), included in the exhibition titled "Plastic Discourses on Human Rights", presented in the framework of the International Congress on the History of Human Rights of the University of Salamanca titled "The Fiftieth Anniversary of the UN International Covenants on Human Rights. Tribute to the teacher M<sup>a</sup> Esther Martínez Quinteiro".

**Keywords:** Human Rights; Conceptual art; Plastic discourse; Philosophy.

### **1. Introducción: Hacia un discurso plástico de los Derechos Humanos**

La muestra pictórica "Anatomía y Transformación de la Realidad", obra del que suscribe, constituye un primer ensayo, una propuesta para configurar un discurso plástico sobre los Derechos Humanos, dado que no existe aún una iconografía homologada suficientemente cristalizada o generalmente asumida sobre tales Derechos. Es éste un proyecto de arte conceptual, que parte de la intuición artística y se sirve de las nuevas tecnologías (concretamente de la pintura digital) para la creación de una serie de obras que, en cualquier caso, pretenden abrir nuevos espacios para la reflexión y el debate.

El estudio anatómico juega un papel fundamental en este trabajo plástico, ya que ejerce de hilo conductor a la hora de generar un entramado conceptual sobre los Derechos Humanos en la mayor parte de las imágenes ofrecidas al espectador. Ante la fascinación que el cuerpo humano es capaz de suscitar, cabe aprovechar este objeto de estudio por su primitiva simbología, que es asumida inconscientemente por todos y ofrece por este motivo múltiples vías para la creación de iconos. La anatomía se entrecruza además con otros elementos visuales, cuya simbología se ha ido consolidando de una u otra manera a

lo largo de la historia y que gozan del potencial suficiente para comunicar un nuevo mensaje bajo una configuración diferente.

Con todo ello, se plantea la elaboración de una obra pictórica que pone de manifiesto la transformación de la realidad y del discurso plástico en su mutua interacción. Así pues, en virtud de esta interacción, se considera fundamental en este proyecto partir de una base intuitiva. Esta es la huella subconsciente que la realidad ha dejado en el artista, una imagen aún por perfilar conceptualmente, pero íntimamente ligada a su sistema de creencias, a su experiencia y a su cultura. La intuición sirve de punto de partida para el artífice, puesto que con ella obtiene la imagen primaria que alberga en torno a la cuestión por la que se pregunta; una imagen que en cada persona adquiere un significado específico, pero que, al menos en parte, es reconocible por el espectador, al ser fruto de una realidad compartida. Sobre la base de la intuición del artista cabe posteriormente el trabajo conceptual, que configura y define el mensaje de la obra, presentándose finalmente al espectador para ser interpretada; una traslación que se suma a nuevos enriquecimientos perceptivos de la realidad, promoviendo su transformación.

A continuación se ofrece un repaso de las obras de la muestra pictórica reunida en la exposición "Anatomía y Transformación de la Realidad", dando cuenta, sucesivamente, a partir del recordatorio de los principales aspectos formales de la imagen elaborada, de la función designativa o referencial, cognoscitiva o informativa y conativa o motora pretendidas en el momento de su creación.

### 1.1. Pensando en el niño: los derechos de la infancia

Figura 1



Pie de imagen: "Pensando en el niño: los derechos de la infancia".  
Autor: Francisco Marcos Palomo Ramos

Los Derechos de la Infancia representan un extendido objeto de preocupación para los implicados hoy en la defensa de los Derechos Humanos. Es significativo que todos los países del mundo presentes en la ONU, menos Sudán, se hayan aprestado a firmar la Convención de los Derechos del Niño de 1989, y que tan sólo tres países no la hayan ratificado (Sudán del Sur, Somalia y Estados Unidos). No obstante, es lamentable constatar qué poco empática, y descomprometida o efímera, es la mirada de la mayoría de los espectadores de audiovisuales que reciben cada día las más trágicas noticias sobre incontables niñas y niños de medio mundo, abandonados a su suerte y víctimas de toda clase de abusos, contemplando sin implicarse, o haciéndolo desde una emoción superficial y pasajera, las imágenes, a menudo muy duras, que las acompañan.

Ante este panorama desolador, la obra que aquí se descifra trata de promover la toma de conciencia acerca del valor de la infancia; un reconocimiento de la importancia de los niños que, partiendo de su dignidad inalienable, los presenta como adalides del futuro. Es pues esta una pintura que nos habla de derechos fundamentales, pero ante todo del derecho a la educación y al desarrollo, una capacidad que encuentra en la infancia su punto de partida y sus primeras encrucijadas.

El cuidado de la infancia y el cumplimiento efectivo de los derechos que le son propios, se entienden como un deber inexcusable fácilmente asumible cuando nos retrotraemos y descubrimos en la persona que somos el niño que fuimos. En mayor o menor medida todos podemos reconocer en nuestra niñez las heridas que nos marcaron, que se materializaron en nuestra mente como barreras aparentemente infranqueables; pero también recordamos, en su caso, el amor recibido y otorgado, los conocimientos y los valores aprehendidos, que se convirtieron en puentes tendidos hacia nuestra realización como personas, llenándonos de esperanza.

La pintura remeda pues una especie de "radiografía", en la que se reemplaza el cerebro humano por un bebé durmiente. Su significado remite, en primer lugar, a los pilares elementales que se establecen durante nuestros primeros años de vida; realidad esta que, a partir de la reflexión sobre la misma, convierte la imagen en un reconocimiento de que la infancia es, o debiera ser, una preocupación fundamental para el hombre. Es, dicho de otra forma, el reconocimiento de la infancia como base de crecimiento y objeto de protección ineludibles de cara al desarrollo humano.

Obviamente, la protección de la infancia requiere de ciertas condiciones indispensables, y es por ello que la criatura del cuadro, vida emergente, se eleva aquí por encima del hueso desnudo de la mandíbula, que simboliza las fauces de la muerte.

Apartar a los más pequeños del desamparo y la miseria requiere de un gran trabajo y éste queda también representado por medio de los músculos, que expresan un mensaje de sustento y que recuerdan el dicho del filósofo neoplatónico Bernardo de Chartres, que nos definía como "enanos subidos a hombros de gigantes".

Resulta evidente que velar por la mera seguridad de los niños no es suficiente cuando tratamos de garantizar su cuidado y desarrollo óptimos. Posicionar simbólicamente un bebé en esta parte del cuerpo, es el reflejo de una constante ocupación y preocupación que nunca acaba, pero en este sentido la pintura entraña un mensaje más elaborado. A este respecto, el ojo ciego de la cabeza en la que el bebé anida, recuerda nuestra incapacidad de ver plenamente en el horizonte, de anticipar el futuro, de obtener la concreción exacta de las posibilidades emergentes en la infancia. Representa de este modo una renuncia a la exigencia de su delimitación, de la proyección específica de determinados objetivos impuestos, concediendo la libertad requerida para su mejor desarrollo. Es esta una libertad que se hace posible en la profunda comprensión de los niños, de cada uno de ellos. De forma primitiva, ellos mismos comienzan a expresar sus necesidades, intereses y potencial específicos. Descubrirlos requiere de una atenta escucha y esfuerzo interpretativo por nuestra parte. A eso, a la necesidad de escuchar e interpretar lo que el niño requiere y demanda, también a la necesidad del propio niño a recibir noticia de la escucha y de la respuesta de los adultos, remite la oreja que aparece en el centro de la pintura, visible a pesar de la captura "radiográfica" prevalente en la imagen.

En resumen, la infancia se ofrece en este cuadro como punto de partida y encrucijada en situación vulnerable, que requiere del debido cuidado para su realización, y desde la cual se abren futuros caminos, posibilidades plasmadas en el fondo de la propia imagen. El deseable éxito en este empeño, representado por la corona de laurel, implica conferir a niños y niñas una prioridad de la que en muchos casos carecen, la llamada a colocarlos en una posición que, en vez de asfixiarlos, los haga crecer.

## 1.2. Homenaje al periodismo de Derechos Humanos

Figura 2



Pie de imagen: "Homenaje al periodismo de Derechos Humanos".

Autor: Francisco Marcos Palomo Ramos

El periodismo de Derechos Humanos supone en la actualidad un trabajo fundamental de cara a la visibilización y la denuncia de toda clase de violaciones de esta naturaleza en el mundo. El increíble desarrollo tecnológico de las comunicaciones en la realidad globalizada en la que vivimos, ha dotado de potentes y eficaces herramientas a todos los implicados en esta labor. No obstante la respetabilidad de esta profesión, seguimos encontrándonos ante un oficio de riesgo, cuyo enorme valor y sacrificio merece sobradamente el reconocimiento de todos y el homenaje que se le rinde con esta pintura.

La función conativa de esta composición es en realidad bastante clara, siendo tal vez éste el mensaje más evidente de toda la muestra seleccionada para la exposición. Subraya la imagen propuesta que todo ejercicio periodístico requiere para su correcta transmisión de claridad y sencillez, una obligación que se pretende reflejar muy especialmente en esta obra en concreto, ya que, a pesar de abarcar múltiples cuestiones, busca en su totalidad un significado fácilmente reconocible. Se pretende que, nada más leer el título del cuadro, el espectador disponga ya de información suficiente para intuir los elevados valores y los peligros inherentes a la profesión que rendimos homenaje.

Comencemos la explicación por el elemento central de la pintura: la cámara fotográfica que sirve de corazón a la figura de la obra. Antes que nada, es ésta una referencia a la implicación en la causa de los Derechos Humanos, obligada para todo

periodista comprometido. La exigencia de esta profunda y arraigada motivación de su trabajo es, según se defiende aquí, esencial para la justa revelación de la realidad intolerable que se esfuerzan en denunciar ciertos profesionales. Su peculiar mirada, al igual que el objetivo de la cámara, refleja las múltiples violaciones de Derechos Humanos en el mundo, algo que en la pintura se ha representado por medio de una cadena. De este modo, gracias a la utilización de la metáfora de la cámara como corazón humano, la búsqueda de una imagen realista, que se define simbólicamente por medio de la captura fotográfica, queda a su vez integrada dentro de un esfuerzo sensible, humano.

La defensa de un modelo periodístico de compromiso, que sin caer en la indiferencia lucha por ofrecer, sin tergiversarla, una imagen real de la deficiente praxis de los Derechos Humanos, es así el mensaje más destacado de la obra. Completando esta idea, la representación pictórica del flash (que se posiciona a la altura de la garganta en referencia al lenguaje y la comunicación), ilumina la oscura realidad a la que se enfrenta con la cálida luz del fuego, que emana de la humanidad del periodista. No nos hemos de encontrar por tanto ante el mero registro del problema, resultado de una luz pálida, fría e indolente, sino ante un auténtico compromiso personal. Ir más allá de los números, de la mirada apática de buena parte de la sociedad, es indispensable de cara al reconocimiento de todos cuantos sufren, de cada persona en su valor e integridad.

Ya se ha apuntado que, desgraciadamente, muy a pesar de la importancia y conveniencia del periodismo de Derechos Humanos, esta labor hace frente a una realidad tremendamente compleja que condiciona sus posibilidades y que la convierte en una profesión de riesgo. A ello responde precisamente el pecho abierto que se representa en la pintura, que expresa la situación de vulnerabilidad (física, pero también psíquica, emocional) de este colectivo. Algo semejante se hace notar a través de la ausencia de una cabeza en la representación, que nos habla de la amenaza de eliminación personal del informador, que obliga a éste, en muchos casos, al anonimato. La invisibilidad del rostro alude a este anonimato forzado de los periodistas; pero, ante todo, simboliza la renuncia a su propio reconocimiento, que queda relegado ante la gravedad de los conflictos que les compete testimoniar. En este sentido, alimentadas por su propio acicate, las llamas que estas personas encienden se posicionan simbólicamente frente a ellos en un acto de ocultamiento, del cual se sirven para adentrarse en un escenario al que los demás, aterrorizados, suelen dar la espalda. La pintura va delimitando metafóricamente de esta manera la amenaza que, como la espada de Damocles, se cierne sobre ellos, y completa esta referencia con la desaparición de las extremidades de los brazos. Su inexistencia en

la obra simboliza la impotencia que se hace patente en sus esfuerzos; algo que se manifiesta desde un primer momento en las dificultades relativas al examen y denuncia de esa realidad, para hacerlo posteriormente de la escasa respuesta política y social.

En definitiva, se presenta aquí un modelo de periodismo comprometido que requiere de apoyo, cuidado y protección. Se recuerda que las defensoras y defensores de los Derechos Humanos que se vuelcan en la comunicación de sus transgresiones, se enfrentan a diario a unas circunstancias que no sólo amenazan sus vidas de las formas más evidentes, sino que implican también riesgos psicosociales que pueden afectarles por una infinidad de vías.

### 1.3. La transformación de la naturaleza y el derecho al desarrollo

Figura 3



Pie de imagen: "La transformación de la naturaleza y el derecho al desarrollo".

Autor: Francisco Marcos Palomo Ramo

s

De acuerdo con el Artículo 1 de la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, de 1986, este es un "derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y

libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él”<sup>1</sup>. Estamos ante la definición de un objetivo ambicioso, pero distamos de haberlo alcanzado.

La forma en que los seres humanos gestionan su entorno natural y su propia naturaleza juega, sin lugar a dudas, un papel vital de cara al desarrollo humano. Nuestra condición menesterosa nos obliga siempre a buscar un camino para mejorar la realidad que nos ha tocado vivir, una labor profundamente exigente si lo que deseamos es alcanzar un verdadero progreso. En este sentido, la pintura que aquí se presenta bajo el título de "La transformación de la naturaleza y el derecho al desarrollo", se adentra en la búsqueda de un ejemplo paradigmático de este acto de transformación, que podría encaminarnos a ese desarrollo sostenible y solidario, que se nos reconoce como un derecho.

A pesar de la aparente simplicidad de esta obra, lo cierto es que guarda un mensaje muy elaborado, que no resulta evidente a primera vista y cuya comprensión requiere de una actitud reflexiva por parte del espectador. La figura central que domina la imagen, la rana, es una criatura a la que históricamente se le han atribuido numerosos simbolismos, y resultaría imposible obtener una explicación de la pintura sin detenerse en esta cuestión. A las ranas se les otorgaba un especial significado ya en el antiguo Egipto. Eran éstos animales vinculados con la fertilidad, y Heket<sup>2</sup>, la diosa que ayudaba en los partos, era representada por este anfibio. La natural dependencia de las ciudades egipcias con respecto a los ríos, que garantizaban su supervivencia y desarrollo, hace comprensible esta simbología de las ranas, animales prolíficos salidos del agua, representantes de la vida y del renacer. No debe olvidarse, en este sentido que su capacidad de metamorfosis las convirtió en un símbolo de tal renacimiento.

La percepción simbólica de las ranas experimentó, a pesar de lo dicho, un importante giro en el desarrollo de la cultura judeo-cristiana. Ante la creencia en un poder único considerado superior y la expectativa de una naturaleza de mayor elevación, las divinidades egipcias quedaron claramente degradadas. En este mismo contexto, el rechazo a la diosa Heket implicaba también la censura de la sexualidad, la concepción y el nacimiento tal y como eran interpretados en el antiguo Egipto, considerándose impuras las prácticas y creencias egipcias. Como consecuencia de ello, la Biblia presentó a las

---

<sup>1</sup> Naciones Unidas. Asamblea General. *Declaración sobre el derecho al desarrollo*. Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, art. 1 [en línea]. <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RightToDevelopment.aspx>> [12 diciembre 2016].

<sup>2</sup> Shaw, Ian y Nicholson, Paul. *Diccionario Akal del Antiguo Egipto*. José Miguel Serrano Delgado (trad.). Madrid: Akal, 2004.

ranas como una plaga<sup>3</sup> de naturaleza dañina, una imagen de las mismas que aún perdura en la actualidad. La rana que se halla en la calavera de la fachada del edificio histórico de la Universidad de Salamanca<sup>4</sup> es una buena muestra de esta interpretación. Con ella, se vendría a declarar precisamente esto: las funestas consecuencias de la lujuria, de la naturaleza que se vuelve contra nosotros cuando nos dejamos dominar por ella, y que puede conducirnos a la locura. No obstante, es importante recordar que anfibios como las ranas y los sapos conservaron cierto componente mágico por su vinculación con la brujería<sup>5</sup>, aun cuando ésta fuera demonizada. Esto último es realmente interesante y significativo, porque más allá de una percepción negativa de lo que la rana representaba, persistía el reconocimiento de cierto potencial prodigioso en ellas.

Partiendo de lo recién expuesto, la obra que aquí nos ocupa utiliza la imagen de la rana como una alegoría de la naturaleza misma, con todo su valor y posibilidades aún por descubrir, pero también con sus limitaciones presentes, sus peligros y sus miserias. Si las brujas no eran más que mujeres con conocimientos suficientes como para transformar la realidad de un modo inimaginable para su tiempo (censuradas en su época por su condición de mujeres poderosas), ranas o sapos guardan como objeto de estudio, experimentación y cambio, un valor icónico cuya magnitud es posible poner de manifiesto incluso en el ámbito de la propia ciencia; y es que, al igual que las ratas de laboratorio, son una figura emblemática de la experimentación científica y su observación ha sido fundamental en el estudio de la anatomía. Valga pues esta criatura no sólo como una representación de la naturaleza en sus limitaciones y posibilidades, sino también como símbolo del estudio y transformación de la misma por parte del ser humano.

Queda entonces por descifrar cuál ha de ser el modelo transformador de la naturaleza apto para respaldar nuestro derecho al desarrollo. Ciertamente, se trata de un producto de la acción humana mediada por nuestra inteligencia y conocimiento; a este respecto la mano y los engranajes que aparecen en la pintura son una clara señal de ello, pero la cuestión no puede concluir en este punto. A diferencia del resto de las obras pictóricas que aquí nos ocupan, en esta no se ha seccionado, aun cuando sea a modo de

---

<sup>3</sup> *La Santa Biblia*. 13ª ed. Madrid: Ediciones San Pablo, 1995 (Éxodo 7: 26-8: 11).

<sup>4</sup> Sobre el simbolismo y la lección expresada con la rana de esta fachada, resulta de interés la obra de Luis Cortés Vázquez, Luis. *Un enigma salmantino: la rana universitaria*. 2ª ed. Salamanca: [s.e.], 1978.

<sup>5</sup> La tónica vinculación medieval de estos animales con la magia y la brujería es bien conocida, una interpretación similar a la que se encontraba ya en el Apocalipsis: “Después vi salir de la boca del Dragón, de la bestia y del falso profeta tres espíritus inmundos, como ranas: los espíritus de demonios que hacen prodigios y van a reunir a los reyes de toda la tierra para la guerra del gran día del Dios todopoderoso”. *La Santa Biblia...* (Apocalipsis 16: 13-14).

radiografía, la anatomía de la criatura que es el principal foco de atención. Lo que con esto se propone es la representación de una acción transformadora que no mutile la naturaleza. Se trata desde luego de un objetivo muy ambicioso, ya que supone la capacidad de percibir y fomentar el valor positivo oculto y desaprovechado en el interior de todo cuanto nos hiere, para así cambiar su signo y consecuencias.

Desgraciadamente la técnica humana sigue obrando en buena medida por el camino de la destrucción. Aun a día de hoy la propia medicina amputa, extirpa y emplea procedimientos agresivos ante la ausencia de mejores soluciones, pero no por ello proponemos aquí algo irrealizable. El hecho de que, por ejemplo, existan investigaciones<sup>6</sup> que exploran el funcionamiento y capacidad de los virus, con el propósito de convertirlos en curas para determinadas enfermedades, supone un rayo de esperanza: en definitiva lo que aquí se plantea es la pretensión de hacer de una "plaga", una "bendición". No se trata, en cualquier caso, de inclinarnos ante la negatividad de la vida, como si en el mismo sufrir hubiera algo de bueno, sino de ver más allá de la apariencia, explorando en la realidad que causa el sufrimiento, oportunidades que hasta el momento nos habían pasado desapercibidas, para aprovechar sus beneficios e incluso anular los efectos adversos.

Dicho esto, llega el momento de aclarar el significado dimanante de la atmósfera de la obra, así como de la aparición del rayo que en ella sirve de catalizador en el acto transformador. Son estos unos componentes fundamentales, que muestran el carácter personal de la obra, concebida como un símbolo de desarrollo humano a todos los niveles. La oscuridad de nuestro sufrimiento y la luz de la esperanza, aun cuando ésta haya de ser rastreada bajo las circunstancias más adversas, tratan de hacer de esta pintura un icono de desarrollo que la persona tiene derecho a reclamar y esperar desde su propia base motivacional.

El derecho al desarrollo requiere promover y garantizar una metamorfosis no sólo del mundo, sino ante todo de nosotros mismos, porque aunque la ciencia precise de conocimiento y disciplina, no puede tan siquiera ponerse en marcha sin un corazón que la motive. Tampoco se puede cambiar el mundo para mejor si no es por un acto generoso, de entrega, en el que el hombre eleva su propia mano asumiendo los riesgos propios de todo acto pionero, aprovechando la oportunidad que le brinda la naturaleza.

---

<sup>6</sup> A este respecto, puede ponerse como ejemplo el trabajo realizado por los investigadores del Instituto San Raffaele Telethon, en Milán, que emplearon el virus del sida para curar dos graves enfermedades genéticas: la leucodistrofia metacromática y el síndrome de Wiskott-Aldrich. Sampedro, Javier. "El uso de VIH en dos terapias génicas cura a seis niños" [en línea]. *Elpais.com*, 11 de julio de 2013. <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/07/11/actualidad/1373558358\\_283842.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/07/11/actualidad/1373558358_283842.html)> [12 diciembre 2016].

#### 1.4. Mujer víctima de violencia de género

**Figura 4**



**Pie de imagen: "Mujer víctima de violencia de género".**

**Autor: Francisco Marcos Palomo Ramos**

Ignorada y encubierta a lo largo de la historia, la violencia de género es aún en nuestros días una violación de los Derechos Humanos de proporciones pandémicas. Se trata sin lugar a dudas de un lastre que nos sigue acompañando, e incluso en las sociedades donde se ha desarrollado una mayor conciencia al respecto, así como legislación y recursos aplicables, existe el riesgo de que se siga naturalizando.

Dada la urgente necesidad de una conciencia social despierta y activa ante este grave problema, la pintura cuyo significado tratamos de explicar aquí, pretende expresar, de forma simbólica y a modo de denuncia, la experiencia sufrida por las mujeres maltratadas. Es éste un esbozo que se detiene en los principales problemas psicofísicos resultantes de la violencia de género, pero sobre todo es una llamada de atención ante la conflictiva percepción social y estética de las mujeres heredada en nuestra cultura. El reflejo de la víctima que aquí se ofrece, revela el triste espectáculo y apariencia a la que se ve arrojada; denuncia la estética del machismo con su aún persistente fascinación por la violencia posesiva vinculada al erotismo de la mujer, todo ello para hacer visible esa oscura realidad y sus consecuencias.

Centrándonos ya en la figura pintada, ésta trata de mostrarnos cómo a través de una determinada concepción estética de la mujer, se ha naturalizado el sufrimiento y

dominación sobre la misma. A este respecto es especialmente significativo uno de los elementos más llamativos de la obra, la máscara de leona. Muy a pesar de la aparente energía que desprende, este componente no hace referencia aquí a la verdadera fuerza de la protagonista (de la que tampoco se pretende dudar). Es cierto que la imagen de las mujeres como leonas, fuertes y autosuficientes, cosecha un gran éxito dentro del feminismo; pero es éste un símbolo que se ha vuelto en su contra, provocando una distorsión social con respecto a la imagen de la mujer. Si se presta la debida atención, hay dos detalles que presentan esta idea en la pintura. En primer lugar, las correas que mantienen en su sitio esta segunda piel, nos permiten discernir que se trata de una simple, aunque bien trabajada, apariencia, y no de una expresión simbólica fruto de la interioridad de la víctima. A fin de cuentas, el objetivo de toda máscara es el de reflejar una realidad que no es tal y, aunque la cabeza de leona engañe al espectador (que así lo hace en la realidad), esta no es una excepción. A ello, se suma, en segundo lugar, la mirada triste y resignada de la protagonista, que contradice la fuerza del rostro del felino. ¿Por qué entonces esta máscara? La respuesta es en realidad bastante sencilla: porque a los ojos del maltratador la mujer es poco más que un animal salvaje que ha de ser domado. Estamos en este sentido ante un cliché impuesto, ya que para el machista es vital la percepción de la mujer como una criatura infrahumana y peligrosa, que no puede regirse por sí misma y debe ser tenida bajo control. Así es como la ve y así es como la presenta al mundo, como a una bestia exótica y atrayente que acaba por volverse peligrosa cuando obra por sí misma en libertad. En la cultura machista y en la propia mente del maltratador, resultaría muy complicado justificar el empleo de la violencia sin ese recurso a la demonización de la mujer. Es pues necesaria la cristalización de nuevos iconos que representen la fuerza y valor de las mujeres sin que se vuelvan en su contra.

La cosificación y dominación de la mujer son en la violencia de género dos componentes inseparables y es por esto que el cuerpo mutilado de la pintura exhibe principalmente los senos desnudos de la víctima, expresando así la reducción de la identidad de muchas mujeres a mero objeto de deseo sexual y quedando lastimada el resto de su anatomía, valor e integridad. Un cuerpo seccionado que señala no sólo las emociones y sentimientos encontrados de la víctima, sino que llama primordialmente la atención sobre las grandes ausencias. No hay garganta: silencio, falta de comunicación; no hay piernas: paralización, incapacidad de huir; no hay vientre: carencia de energía, enfermedad, desnutrición. Al margen de sus muslos, ilesos por su carga sexual, sólo las extremidades de los brazos son parcialmente visibles por medio de los huesos

ensangrentados. Mientras que para la víctima la carencia de manos y el color rojo de los huesos son expresión (a veces inconsciente) de su propia impotencia y sufrimiento, esto es percibido por la sociedad como algo completamente diferente. De no ser por las notables amputaciones del cuerpo (que en la obra pretenden reflejar la experiencia sensible de la mujer), podría vislumbrarse con gran claridad que la postura de la figura es precisamente la de una bailarina, algo que se puede intuir en buena parte por sus brazos. Dentro de la violencia de género, la obligación impuesta de mantener una apariencia atractiva transforma el rojo de la sangre en un mero tinte culturalmente asociado al erotismo femenino (en la pintura de sus labios, en sus uñas y vestidos). A fin de cuentas representamos y denunciemos con la pintura en análisis la idea de que la mujer tiene que sufrir por amor (como si se tratase de algo intrínseco a su naturaleza) y que debe adoptar una posición grácil ante los demás, aun cuando todo ello resultara inútil y doloroso para su persona. Los grilletes que la atan a esta situación son en el fondo tremendamente sutiles, pero se trata de una realidad en la que la maltratada ha caído poco a poco y de la que se siente incapaz de escapar a causa de su indefensión aprendida, la carencia de fuerzas, el miedo o incluso la vergüenza. La figura de la bailarina se ve además sugerida por otro de los componentes más destacados, el girasol que le sirve de falda. Una flor que en este caso simboliza la identidad de la mujer y que se halla en estado de putrefacción ante la falta de luz y energía.

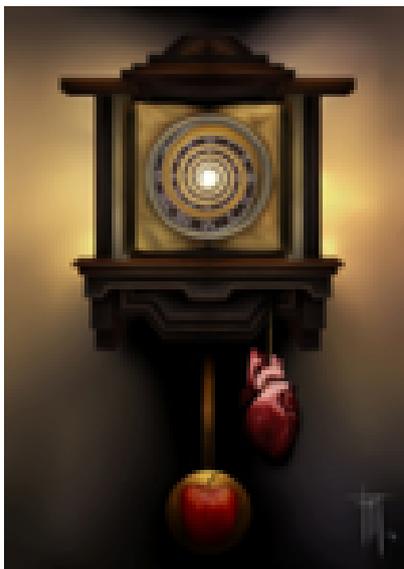
En definitiva, es este un retrato de la violencia de género. Es una situación que atrapa a la mujer en la representación de un papel (que la degrada a mero animal de circo), espectáculo éste al que se ve forzada para satisfacer los caprichos de quien la posee y amenaza. La ausencia motivacional del amor en el maltratador, e incluso del mero reconocimiento de la mujer como persona, troca inevitablemente el deseo en un acto sádico, destructivo, hasta sus últimas consecuencias. La esperanza de escapar de este escenario se halla en el último componente de la obra que nos queda por mencionar: las alas de fénix que surgen tras la máscara. En estas alas reside la voluntad de la víctima de maltrato de liberarse, de renacer, de ser ella misma, de quitarse esa careta y reconocer su realidad ante sí misma y ante los demás; pero no sólo se trata de eso. Se trata también de encontrar una imagen de sí misma que no pueda ser destruida, que no caiga de nuevo en un discurso<sup>7</sup> que la rebaje.

---

<sup>7</sup> En relación con este problema, la profesora M<sup>a</sup> Esther Martínez Quinteiro ofrece un trabajo revelador acerca de las relaciones de género en el cine, en el que se ponen de manifiesto los complejos discursos y contradiscursos que actualmente persisten y que presentan una imagen denigrante de la mujer, llegando

## 1.5. El reloj de los Derechos Humanos

**Figura 5**



**Pie de imagen: "El reloj de los Derechos Humanos".**

**Autor: Francisco Marcos Palomo Ramos**

La naturaleza, fundamentación y desarrollo de los Derechos Humanos son cuestiones de verdadera complejidad ante las cuales no existe un auténtico consenso. Es tal vez en parte por ello, que la representación simbólica de los mismos plantea un grave problema y una de las razones que contribuyen en alguna medida a que no exista, en términos generales, una iconografía universalmente compartida de los Derechos Humanos, faltando referentes reconocibles de muchos de ellos. Tratando de contribuir a llenar tal vacío, planteamos un primer ensayo pictórico, que, partiendo de la intuición artística, lleva a cabo un trabajo conceptual destinado a construir y ofrecer a los espectadores iconos significativos de tales derechos que sirvan a su promoción. Desde luego, el cuadro titulado "El reloj de los Derechos Humanos" es la pintura de la muestra aquí explicada que más interrogantes de significado deja por resolver de la serie, a pesar de lo cual proporciona una mirada conciliadora que puede ser de gran utilidad, dado su potencial icónico.

La elaboración efectiva de los Derechos Humanos implica en primer lugar y a partir de esta obra la construcción artificial. Tal es el sentido de la figura central de la

---

éstos incluso a naturalizar la violencia de género. Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. "Discursos y contradiscursos. Las relaciones de género en el cine". En Hidalgo Rodríguez, David, Cubas Martín, Noemí y Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup> Esther (eds.). *Mujeres en la historia, el arte y el cine: discursos de género, variantes de contenidos y soportes: de la palabra al audiovisual*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, pp. 11-32.

pintura, que es una máquina, una creación propiamente humana. El hecho de que además sea un reloj es algo fundamental, dada la naturaleza progresiva de los Derechos Humanos en su desarrollo, que exige un crecimiento, una temporalidad más allá de la repetición cíclica, razón ésta por la cual la esfera se representa en espiral.

No obstante, el simbolismo potencial de este artefacto ofrece otros aspectos que lo convierten en una metáfora idónea. A este respecto, es fundamental recordar la utilidad, difusión y valor otorgado a los relojes de pared desde su creación. Tratándose en un primer momento de costosas creaciones artesanales, sólo las clases altas podían permitírselos; pero, con el paso del tiempo, y gracias a su fabricación en serie, las clases medias comenzaron a adquirirlos. Después se abarataron y se popularizaron. Sólo con esto ya se está indicando algo muy importante: que el cumplimiento efectivo de los derechos requiere de medios materiales para llegar a todos; pero, con ello, apunta también a una realidad que, a partir de la incorporación de todos los seres humanos como sujetos de derecho, conlleva un orden socialmente compartido.

Es interesante en este sentido recordar la cuasi universal homogeneidad actual del reloj de agujas frente a la persistente coexistencia de diversos calendarios en el mundo. Habiendo girado primero la vida diaria del hombre exclusivamente en torno a los ciclos naturales, su organización temporal pasó más adelante por distintos mecanismos. Las campanadas de las iglesias o de los grandes relojes ubicados en los ayuntamientos o plazas mayores de los pueblos pasaron a ordenar el tiempo. Sin embargo, desde el punto de vista simbólico, es esencial reconocer la posterior aparición de aparatos similares en cada hogar. En su alusión metafórica a los Derechos Humanos, el reloj supone un orden que garantice la satisfacción de las necesidades e intereses de todos de forma equilibrada; sin embargo, a ello hay que añadir la puesta en marcha de estos mecanismos desde cada casa, lo cual representa la creciente democratización que impulsa el desarrollo de los derechos. La elevación regular del peso es pues algo esencial, que no podemos permitirnos perder y que hace de este desarrollo una labor personal y de todos, ya que es algo que se aporta desde cada morada. Este es el valor del corazón humano, que en cada caso sirve de peso y le otorga su motivación esencial, que en último término se fundamenta en el amor.

Partiendo entonces de este impulso que pone en marcha el mecanismo, falta pues aludir al orden racional que lo regula. Este se halla representado por una manzana, símbolo del árbol de la ciencia, que en este caso hace las veces de péndulo. Al contrario que el corazón, en último término el amor, la razón es estimada dentro de un ritmo

limitado, pero que regula los tiempos. La configuración de sus variables lógicas, al igual que en los relojes, supone ya la aceptación de un consenso e implica una complejidad tal que queda encerrada en el interior del aparato, invisible en gran parte para la mayoría. Aun así, puede apreciarse que la espiral de la obra atraviesa un libro, una clara referencia a la plasmación escrita de los derechos.

Con todo ello, la formación y desarrollo de los Derechos Humanos se plantea finalmente como la creación de una morada para el hombre en el mundo. En este sentido, el reloj de pared es un objeto que de nuevo se vincula estrechamente con el hogar, que muchos reconocemos en nuestras viviendas y que incluso se fabrican con forma de casa. La luz que por último se halla en el centro de la esfera, se presenta como faro luminoso y cálido sustento que se aloja en el interior de ese hogar, alumbrando así una realidad nueva.

### Referencias Bibliográficas

Cortés Vázquez, Luis. *Un enigma salmantino: la rana universitaria*. 2ª ed. Salamanca: [s.e.], 1978.

Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. "Discursos y contradiscursos. Las relaciones de género en el cine". En Hidalgo Rodríguez, David, Cubas Martín, Noemí y Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup> Esther (eds.). *Mujeres en la historia, el arte y el cine: discursos de género, variantes de contenidos y soportes: de la palabra al audiovisual*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, pp. 11-32.

Naciones Unidas. Asamblea General. *Declaración sobre el derecho al desarrollo*. Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, art. 1 [en línea]. <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RightToDevelopment.aspx>> [12 diciembre 2016].

Sampedro, Javier. "El uso de VIH en dos terapias génicas cura a seis niños" [en línea]. *Elpais.com*, 11 de julio de 2013. <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/07/11/actualidad/1373558358\\_283842.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/07/11/actualidad/1373558358_283842.html)> [12 diciembre 2016].

*La Santa Biblia*. 13ª ed. Madrid: Ediciones San Pablo, 1995.

Shaw, Ian y Nicholson, Paul. *Diccionario Akal del Antiguo Egipto*. José Miguel Serrano Delgado (trad.). Madrid: Akal, 2004.

**III. CONFLICTOS Y TRANSGRESIONES  
DE LOS DERECHOS HUMANOS.  
DE LA DICTADURA A LA DEMOCRACIA**



# LA REBELIÓN DEL RIF (1958-1959) Y LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

## THE RIF REBELLION (1958-1959) AND HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Camilo Herrero García  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** La rebelión del Rif (1958-1959) fue uno de los elementos que marcó la organización política del régimen del Estado marroquí surgido en 1956 al suponer la división de las fuerzas políticas nacionalistas (Partido del Istiqlal), debilitándolas ante una monarquía que cada vez fue ganando más poder. Además, la violenta respuesta de las Fuerzas Armadas Reales, apoyadas por la propia monarquía y el Partido del Istiqlal (principal partido de la independencia) fue una de las principales acciones represoras de las muchas que organizará el régimen monárquico para institucionalizarse hasta la década de 1990. No será hasta los comienzos del siglo XXI cuando se constituya la IER para resarcir la violencia estructural, aunque en el caso de esta rebelión será deliberadamente ocultada.

**Palabras clave:** Marruecos, Rebelión del Rif, Monarquía alauí, FAR, IER.

**Abstract:** The Rif Rebellion (1958-1959) was one of the elements that marked the political organization of the Moroccan regime after 1956. That suppose the division of nationalist political forces (Istiqlal Party). They became under the power of the monarchy. Also, the violent response of the Royal Armed Forces, supported by the monarchy and the Istiqlal Party, was one of the main repressive action during the institutionalization of the monarchical regime until the 1980s. At the beginning of the XXI century, the IER was established to compensate the structural violence, although in the case of this rebellion was deliberately concealed.

**Keywords:** Morocco, Rif Rebellion, Alaoui monarchy, FAR, IER.

### 1. Introducción

Las violaciones de derechos humanos cometidas por el régimen alauí en la rebelión del Rif entre 1958 y 1959 fue uno de los momentos más oscuros de la historia contemporánea de Marruecos. Para entender este proceso no se puede obviar la especificidad del territorio rifeño a lo largo de la historia y sobre todo en el periodo colonial. Esto explicó en gran medida el desarrollo de la rebelión.

El Magreb dentro del territorio africano cuenta con la co-existencia de poblaciones árabes y amazighs (o beréberes)<sup>1</sup>. Los últimos son el sustrato étnico de

---

<sup>1</sup> Fue tan importante la particularidad amazigh que marcó la implantación de la escuela jurídica islámica malikita (en total son 4 escuelas jurídicas diferentes las que existen), ya que era la que concedía mayor importancia al *urf* (costumbre), con lo que permitió conservar sus costumbres, lengua y cultura. Maddy-Weitzman, Bruce. "Berber/Amazigh "Memory Work". En Maddy-Weitzman, Bruce y Zisenwine, Daniel

población autóctona que ha resistido en el noroeste de África sin perder sus rasgos característicos culturales (destacando su lengua: el tamazight) pese a sufrir constantes invasiones, destacando los romanos y los árabes.

Estos fueron los últimos que dominaron el territorio y que supusieron la inclusión en el ámbito islámico. Aunque en la actualidad gran parte del territorio tenga por principal lengua al árabe, en realidad lo que se encuentra es una sociedad étnica amazigh que ha sido arabizada con el paso del tiempo<sup>2</sup>.

Esta diferencia étnica fue puesta en valor por la colonización francesa que lo relacionó con el conflicto secular entre el *bled majzén* y el *bled siba*<sup>3</sup>. Esta interpretación fue explotada por los colonizadores para dividir y vencer a los marroquíes, creando un enfrentamiento étnico interno que centró su atención, dificultando así la constitución de una verdadera oposición a los agentes franceses<sup>4</sup>.

En el *bled siba* se incluía el Rif, la cadena montañosa del norte marroquí, al lado del mar Mediterráneo, desde Tánger y Ceuta hasta Melilla. Entre 1912 y 1956 fue parte del protectorado español. Destacaba por su superpoblación y la infertilidad de la tierra (los dos grandes problemas recurrentes de la economía rifeña). Su particularidad se mostró al ser una de las principales regiones donde la cultura amazigh es la dominante<sup>5</sup>.

## 2. La dominación colonial del Rif

Dentro de este conflicto *majzén-siba*, la adhesión de las cabilas rifeñas al sultán en el siglo XIX dependía de la postura del mismo ante la penetración extranjera. Estas siempre habían estado del lado del sultán participando en sus filas en la resistencia

---

(eds.). *The Maghrib in the new century: identity, religion, and politics*. Gainesville: University Press of Florida, 2007, pp. 50-72, p.71.

<sup>2</sup> En la actualidad el 70% de la población se reconoce como amazigh (y 45% hablan tamazight). Segura, Antoni. *El Magreb: del colonialismo al islamismo*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1994, p. 31.

<sup>3</sup> El primer territorio sería el que está verdaderamente sometido al gobierno del sultán, por tanto, donde se aceptaba su plena soberanía (cobraba impuestos, se hacían levas, actuaban sus agentes de la administración, etc.). Por otra parte, el poder del sultán era muy sutil en el *bled siba*. Este incluía territorios cuya obediencia respondía a la capacidad del monarca de poder imponerse militarmente. Esto hacía que las fronteras del imperio fueran muy fluidas, permitiendo mantener la identidad particular de estos territorios, como sucedió en el Rif. Maddy-Weitzman, Bruce. "Berber/Amazigh...", pp. 52-54.

<sup>4</sup> En el caso de Marruecos esta política llegó a su punto culmen con el *`dahír bereber`* (1930) que sustraía a la población amazigh de la *sharía* (justicia islámica) y disponía como principal jurisprudencia el *urf* (derecho consuetudinario bereber) y el derecho civil francés. Julien, Charles-André. *Le Maroc face aux imperialismes (1415-1956)*. Paris: Jeune Afrique, 1978, p. 160.

<sup>5</sup> Es necesario disponer que se encuentra dividido hasta Targuist (en el centro de la cordillera), siendo la mitad oriental berberófona y hacia el oeste araboparlante Hart, David M. *Estructuras tribales precoloniales en Marruecos bereber, 1860-1933*. Granada: Universidad de Granada, 1997, p. 25.

contra las invasiones extranjeras<sup>6</sup>. Sin embargo, a partir de la guerra de Melilla de 1893 (que enfrentó a los rifeños con España) se observó el cambio de su posición, ya que entendieron que el sultán se había convertido en un agente al servicio de los europeos.

La instauración del protectorado hispano-francés en 1912 inició una larga guerra entre las cabilas rifeñas contra el ejército colonial español hasta 1927, comandadas por el emir Abd el-Krim. Mientras, la Residencia General francesa consiguió que la mayor parte de las autoridades marroquíes de su territorio se subordinasen al poder colonial<sup>7</sup>.

Esta guerra es esencial para explicar la importancia del pueblo rifeño en el conjunto marroquí. Fue el antecedente esencial de la liberación de los pueblos colonizados del mundo y del suyo propio. El poso nacionalista por tanto no puede obviar esta contienda esencial en el imaginario histórico marroquí. El Rif ocupa un lugar importante en la identidad nacional. Este es uno de los elementos esenciales que reclaman los movimientos a favor de los derechos de los amazighes y rifeños para la exaltación de su propia historia.

Recientemente, esta contienda facilitó la demanda de reparaciones por parte de organizaciones de derechos humanos marroquíes ante el parlamento español (tras la promulgación de la Ley de la Memoria Histórica del 2007) por el uso de gas mostaza contra algunas cabilas rifeñas durante la guerra<sup>8</sup>. Sin embargo, esta demanda fue desestimada al estar las actuaciones del ejército colonial en un limbo jurídico dentro del derecho internacional, ya que España no había suscrito los tratados que ponían fin a la I Guerra Mundial y que prohibían el uso de armas químicas. Además el Estado marroquí también la frenó porque el propio régimen independiente se sirvió de armas denostadas en el ámbito internacional en los ataques contra la población civil (como napalm, fósforo y bombas de fragmentación) para frenar la rebelión de 1958-1959, buscando de esta manera no tener que investigar sus propias acciones<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> La guerra de Tetuán (1860) fue el último momento en el que se unieron los contingentes de las tribus rifeñas con las tropas del sultán para pelear con un enemigo extranjero.

<sup>7</sup> Las victorias de Abd el-Krim (destacando el desastre de Annual) frente al ejército español hizo que el emir se enfrentara al ejército francés, lo que supuso el final de la guerra al formarse la alianza militar franco-española que le derrotó en 1927. A partir de este momento se desarrolló la plena acción colonial.

<sup>8</sup> Este suceso constituyó también un grave crimen contra la humanidad. La Porte, Pablo. "La práctica internacional de las disculpas de Estado: España, Marruecos y el Rif en el centenario del Protectorado (1912-2012)". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, 24, pp. 1-18.

<sup>9</sup> Figueras, Amanda. "España y sus bombas tóxicas sobre Marruecos" [en línea]. *Elmundo.es*, 25 de julio de 2008. <<http://www.elmundo.es/elmundo/2008/07/02/espana/1215013468.html>> [13 agosto 2016].

### 3. La conflictividad ante la independencia

La defensa de la libertad de los pueblos a partir de la II Guerra Mundial (dentro del marco de los derechos humanos) promovió la independencia de los territorios bajo la dominación colonial. Se comenzó así la transición para que Marruecos obtuviera su independencia, lo que fue dirigido políticamente por el Partido del Istiqlal (1944).

Una vez que se comprobó que Francia no quería conceder la independencia tras la guerra, se inició la conflictividad que llevaría a la descolonización (aunque en Marruecos fue muy limitada con respecto a la guerra de liberación que se desencadenó en Argelia). De esta manera, la lucha armada en Marruecos comenzó en 1951, aunque los verdaderos enfrentamientos se dieron a partir de diciembre de 1952 tras el asesinato del sindicalista tunecino Ferhat Hached<sup>10</sup>.

Tras este suceso se precipitaron los acontecimientos. El sultán Mohamed V fue derrocado el 20 de agosto de 1953 al no querer subordinarse a las demandas políticas de la Residencia General francesa para prolongar el régimen colonial. Este proceso contó con el apoyo de una gran cantidad de notables marroquíes. Así a partir de este momento se multiplicaron las acciones violentas entre colonos y marroquíes<sup>11</sup>.

En esta ocasión, de nuevo el Rif fue el que dirigió la acción armada para lograr la independencia. En 1954 se constituyó el Ejército de Liberación Nacional del Norte<sup>12</sup> (o del Rif) que comenzó las acciones armadas contra los franceses. Este se constituyó por la influencia del ELN de Argelia, que tenía su propia guerra de liberación (1954-1962). El Estado mayor del ELN del Norte se estableció en Tetuán, recibiendo pronto apoyo de las instancias hispanas. La violencia fue aumentando hasta que en 1955 la situación parecía una guerra abierta entre marroquíes y franceses<sup>13</sup>.

Ante el recrudecimiento de las acciones armadas en Marruecos (y sobre todo en Argelia), las autoridades francesas comenzaron a gestionar entre octubre y noviembre de 1955 la vuelta del sultán con los encuentros en La Celle-Saint-Cloud.

---

<sup>10</sup> La huelga general convocada en Casablanca para conmemorar su labor se saldó con una represión desproporcionada tras la muerte de 8 europeos: 32 manifestantes muertos, centenares de heridos, detecciones masivas de nacionalistas y comunistas, proclamación del estado de sitio y supresión de derechos fundamentales. Segura, Antoni. *El Magreb...*, p. 161.

<sup>11</sup> A raíz del destronamiento del sultán se produjo el aumento de la exaltación nacionalista. Los agentes franceses establecieron una represión generalizada por la gran cantidad de atentados que se producían. Diouri, Moumen. *La realidad de Marruecos: la dinastía alauita: de la usurpación al atolladero*. Madrid: Encuentro, D.L. 1988, p. 94.

<sup>12</sup> Este llegó a contar con 15000 hombres. En el sur se constituirá en 1956 para continuar con la independencia del Sahara. El ELN surgió de las instancias más radicales del PI, que nunca quiso identificarse con la violencia, ya que su método de actuación era político y pacífico. *Ibidem*, pp. 89-99.

<sup>13</sup> Entre junio de 1955 y febrero de 1956: 470 muertos y 1024 heridos. Julien, Charles-André. *Le Maroc...*, p. 389-423.

Este suceso dio pie a la consolidación de las conversaciones que culminaron con la independencia de Marruecos el 2 de marzo (Francia) y 4 de abril (España) de 1956.

#### 4. La independencia

Una vez se consiguió la independencia comenzó el proceso de institucionalización del nuevo régimen, que vino marcado en gran medida por la confrontación entre la monarquía y el PI para definir cuál de los dos iba a controlar el aparato estatal y tener el liderazgo político en la nación independiente<sup>14</sup>. En este contexto, la rebelión del Rif va a suponer uno de los grandes hitos que acabó decantando la balanza a favor de la monarquía, lo que se vio refrendado completamente con la Constitución de 1962<sup>15</sup>.

Los dos primeros gobiernos tras la independencia fueron dirigidos por el notable rifeño Si Bekkai (independiente). Estos incluyeron miembros independientes y de los dos principales partidos nacionalistas: el PI<sup>16</sup>, de carácter hegemónico y defensor del nacionalismo árabe; y el Partido Democrático y de la Independencia<sup>17</sup>, de entidad más limitada. Así la monarquía se fue imponiendo al PI para evitar un sistema de partido único<sup>18</sup>.

Una vez se superaron los primeros meses, la situación político-social se fue deteriorando y enrareciendo durante 1957. Así justo antes de la rebelión del Rif, un tercio del país se estaba rebelando contra el poder central por la situación de miseria generalizada en que vivía la gran cantidad de la población del nuevo país independiente.

En el plano político, a la lucha establecida entre la monarquía y el PI, se unió la lucha de estos dos agentes con el ELN. Este ejército seguía activo para deshacerse del total control colonial en todo el Magreb<sup>19</sup>. Además, sus agentes exigían la depuración, socialización y liberación de la tutela extranjera en la nueva nación independiente.

Esta situación supuso la conjunción de los intereses de Moulay Hassan y el PI para organizar un nuevo ejército a finales de 1956, las Fuerzas Armadas Reales

---

<sup>14</sup> Esto se produjo porque el PI usó al monarca y su legitimidad (conseguida por su exilio impuesto) para arrastrar a las masas a favor de la independencia, con lo que a la vuelta logró imponerse al partido.

<sup>15</sup> Constitución absolutista hecha a medida del monarca. IER. *La verdad y la responsabilidad relativas a las violaciones*. Rabat: Consejo Consultivo de los Derechos Humanos, 2009, vol. 1, p. 38.

<sup>16</sup> Su dirigente Allal al-Fassi se enfrentó duramente a los grupos no árabes, pero sobre todo a los amazighes para conseguir su arabización plena. Dalle, Ignace. *Los tres reyes: la monarquía marroquí desde la independencia hasta nuestros días*. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2006, p.88.

<sup>17</sup> Su dirigente Hassan al-Uazzani (político impulsor de la modernización del país) despreció también lo amazigh por su carácter feudal. *Ibidem*, p. 104.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>19</sup> Destacó la invasión de Tarfaya, que fue frenada por el ejército francés y que acabó con el ELN del sur.

(FAR)<sup>20</sup>. Se quería acabar con la actuación independiente del ELN y así evitar enfrentarse a la antigua potencia colonial con la que mantenían una relación muy cordial. Esta situación provocó el freno de la actividad de los principales dirigentes insumisos del ELN y que se opusieron a la creación de las FAR. Destacó sobre todo la muerte de Abbas Messadi a finales de 1956 en este contexto<sup>21</sup>.

A la vez, la monarquía no abandonó su intención de establecerse como el actor central del nuevo régimen, con lo que se crearon partidos fieles a la autoridad monárquica como el Movimiento Popular, de tendencia beréber-rifeña (octubre de 1957)<sup>22</sup>. Cada vez se fue perfilando más un sistema político multipartidista para limitar la posición del PI<sup>23</sup>, lo que se observó desde los primeros gobiernos de “Unidad Nacional”<sup>24</sup>. De esta manera, la monarquía se fue labrando una buena imagen entre su población, con la concesión de toda una serie de libertades e instituciones que querían modernizar el país para organizar un sistema democrático y constitucional sin que el PI fuera el actor principal.

Mientras, el 16 de abril de 1958 se produjo la dimisión del gobierno de Si Bekkai<sup>25</sup> por las dificultades de la organización de las FAR y la complicada situación política. Al final el rey se vio obligado a dejar en manos de Ahmed Balafrej (secretario general del PI) la formación del tercer gobierno del Marruecos independiente (mayo 1958).

La situación en este momento no dejó de complicarse para este líder conservador del PI: el rey se guardó para sí los ministerios más importantes (limitando su acción gubernamental); el ala progresista-izquierdista del PI empezaba a ejercer una acción opositora (lo que culminó con la creación el 6 de septiembre de 1959 de la Unión

---

<sup>20</sup> Esto buscó subordinar las fuerzas militares del ELN y del ejército colonial al monarca alauí, con ayuda de los militares franceses. Segura, Antoni. *El Magreb...*, p. 193.

<sup>21</sup> La muerte de Abbas Messadi (dirigente rifeño del ELN de tendencias republicanas) en 1956 fue uno de los hechos que más se han discutido al ser mandado asesinar (supuestamente) por dirigentes del PI (incluso se especula con la posible implicación de Ben Barka en el asunto). Diouri, Moumen. *La realidad...*, p. 115.

<sup>22</sup> Sus dirigentes, Ahardane y el doctor Jatib (comandantes del ELN), fueron unos fuertes defensores del elemento amazigh en Marruecos y de la monarquía. La complicación de la situación política en el 1958 en el conjunto nacional desencadenó que el PI y el gobierno formado por miembros de este partido detuvieran a estos líderes, lo que se unió a las múltiples causas que la población tenía para levantarse contra los nacionalistas árabes que desatendían el Rif. Laredo, Claudio. “Fracasa un nuevo intento de agitación marroquí”. *ABC*, 8 octubre 1958, p. 45.

<sup>23</sup> La división política sirvió para reforzar el papel del monarca frente a los partidos, para que así no cuestionaran o criticaran su autoridad. Dalle, Ignace. *Los tres...*, p. 21

<sup>24</sup> Los dos primeros gobiernos tras la proclamación de la independencia.

<sup>25</sup> Cruz Romero, Manuel. “Mohamed V sanciona la dimisión total del Gobierno de Si Bekkai”. *La Vanguardia*, 17 abril 1958, p. 13.

Nacional de Fuerzas Populares)<sup>26</sup>; la inflación empezó a paralizar la economía del país independiente<sup>27</sup>; y por último, se fue recrudeciendo la agitación en el Rif<sup>28</sup>.

## 5. La rebelión del Rif (1958-1959)

Desde el comienzo de la independencia se fueron consolidando toda una serie de causas y desencadenantes para el estallido en el Rif a finales de la década de 1950. La principal razón que se ha encontrado es que el poder central de Rabat llevó a cabo una serie de políticas erráticas respecto a este territorio. De esta manera, se produjo la marginalización del Rif (y del mundo amazigh en general) por el dominio nacionalista marroquí-árabe ejercido por el PI y la propia monarquía<sup>29</sup>.

Una de las causas esenciales para explicar el levantamiento es la guerra de liberación argelina, que afectó en gran medida a la población rifeña. Así, el ELN del Norte, surgido en este territorio para encabezar la lucha para alcanzar la independencia, apostaba por continuar la lucha para que todo el Magreb consiguiera la libertad. Esta lucha era muy importante económicamente para el Rif por el contrabando de armas y el trabajo temporal de muchos rifeños en Argelia. Estos dos elementos vinculaban a las dos poblaciones, siendo esencial para la supervivencia de los rifeños, pues vivían en un momento de crisis económica tras haber alcanzado la independencia, lo que hacía mella sobre todo en este territorio. Sin embargo, la ex-potencia colonial rápidamente obligó al gobierno marroquí a que se rompieran estas relaciones.

Ante estas medidas, se observó que el desarrollo económico del nuevo Estado se encontraba regido por los nacionalistas del PI, que con la connivencia del rey marginaron este territorio, convirtiéndose esta dejación deliberada en una de las reclamaciones de los rebeldes. Así no se prestó apoyo económico para el despegue de la pobre agricultura ni para la nacionalización de las minas rifeñas, que seguían siendo explotadas por manos extranjeras (españolas). Así se estaba contraviniendo las promesas de progreso de los miembros del PI y de la monarquía a este territorio tras la independencia<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> La división el PI supuso una grave crisis política. Los progresistas apostaban por una democratización de verdad. Diouri, Moumen. *La realidad...*, p. 145.

<sup>27</sup> Sin embargo, la población solo observaba una fuerte crisis económica por la salida de capitales coloniales.

<sup>28</sup> Segura, Antoni. *El Magreb...*, p. 193.

<sup>29</sup> IER. *La verdad...*, vol. 4, p. 60.

<sup>30</sup> Ybarra Enríquez, María Concepción. *España y la descolonización del Magreb: rivalidad hispano-francesa en Marruecos (1951-1961)*. Madrid: UNED, 1998, p. 335.

Además de estas causas, la constitución política de la nueva nación va a ser uno de los elementos básicos para desencadenar la rebelión en las élites rifeñas, a las que más afectaba esta nueva organización. Respecto a la política nacional, el PI defendía posturas nacionalistas árabes. A la vez se apostaba por una postura pro-francesa. Esto conllevaba la marginación del Rif por su carácter amazigh y también hispano, lo que lo puso en una clara desventaja respecto al conjunto del territorio<sup>31</sup>.

La posición del monarca también marcó mucho el desarrollo de los acontecimientos. El Rif había sido uno de los principales territorios que se había enfrentado al régimen colonial desde su implantación en el 1912. Este carácter resistente desde la figura de Abd el-Krim en la década de 1920 se puso en alza con la creación del ELN en este territorio. De esta manera, el Rif se erigió como uno de los grandes baluartes de la vuelta de Mohamed V tras el destronamiento en agosto de 1953.

Sin embargo, el monarca tenía sus reticencias ya que no podía olvidar que la guerra que había dirigido Abd el-Krim había contestado también al poder del sultán (al que se veía como un agente colonial francés) llegando a crear una república independiente. Esto permanecía, ya que eran muchos los miembros del ELN que tenían una ideología republicana, lo que les costó la vida (como Messadi y Cheik el-Arab).

Por otra parte, en el ámbito de política local se observaron dos grandes afrentas con las élites del Rif. En primer lugar, los caídos dispuestos para el territorio eran del sur marroquí, quitando esta labor que tradicionalmente se designaba entre los propios notables rifeños (la que será una de las demandas más importantes de la rebelión). En segundo lugar, se vio como un gran desprecio que no apareciera ningún líder rifeño entre los principales puestos de los gobiernos marroquíes que se fueron sucediendo una vez se produjo la independencia, ya que este territorio había liderado desde el principio la movilización, siendo de allí algunos de los líderes más importante de la misma.

Esto hizo que una de las principales demandas de esta movilización fuera el fin del PI, ya que este no había demostrado ningún aprecio por el Rif. Esto se debía, como ya se ha indicado, a que el PI era el representante del nacionalismo árabe marroquí, de ahí que sintiera reticencias hacia lo amazigh, por el teórico apoyo de estos a la colonización de las potencias europeas (sobre todo a partir del dahír bereber). Además, en el caso del Rif se sumaba que este territorio era pro-español<sup>32</sup>, de ahí que fuera uno

---

<sup>31</sup> Maddy-Weitzman, Bruce. "Berber/Amazigh...", pp. 56-58.

<sup>32</sup> A la vez, la población rifeña cada vez se fue acercando más al gobierno de Madrid, con el que parte de la élite mantenía contactos.

de los territorios que más escollos disponían para la estructuración del nuevo Estado y del futuro régimen democrático que se quería organizar<sup>33</sup>.

Toda esta situación hizo que el enfrentamiento entre los rifeños y el gobierno central (sobre todo contra el PI) vino liderado por el carismático líder de la guerra del Rif, el emir Abd el-Krim, que entendía que el gobierno independiente no era tal, sino que se había establecido un régimen corrupto que dominaba al monarca alauí<sup>34</sup>.

El desarrollo de los acontecimientos se inició a finales de 1958. Las cabilas rifeñas, sobre todo los Beni Urriagel, comenzaron a demandar una mayor independencia de actuación y se empezaron a sublevar. Ante esto se movilizaron las FAR de la Zona Norte, bajo el mando del general Mizzian (militar que había estado al servicio de España). Este militarizó el territorio del norte ante una posible rebelión, como había pasado a partir de 1955 antes de lograr la independencia.

La tensión fue en aumento. Para intentar acabar con la situación se llevaron a cabo entrevistas entre los principales jefes militares de las FAR con los jefes de las cabilas rifeñas. Estos exigían la desaparición del PI por su tendencia centralista, que obviaba las demandas propias de este territorio. Así, una gran cantidad de rifeños empezaron a huir a Ceuta y Melilla esperando la ayuda de España (la antigua nación protectora).

Mientras, en octubre de 1958 se trasladó al Rif del cuerpo de Messadi en el segundo aniversario de la muerte. Esto implicó una manifestación del MP contra el gobierno de Rabat, la cual derivó en un fuerte choque con las fuerzas del orden. Los dirigentes del partido fueron detenidos y acusados de instigar la rebelión, pese a que apoyaban ciegamente al monarca<sup>35</sup>.

En este contexto, para destensar la situación, se produjo la visita del monarca el 15 de noviembre de 1958 al Rif para apaciguar la situación. Se estableció así una Comisión Real para conocer los problemas de los rifeños. Se intentaba acabar con la rebelión que se estaba iniciando. Sin embargo, los atentados se recrudecieron. Se convocó una nueva reunión ya que se había organizado una guerrilla de 25000 hombres para avanzar sobre Nador. El resultado de esta reunión fue el parón del avance de la guerrilla, compensado con la liberación de los líderes del MP. A pesar de esto, en diciembre de 1958 los rebeldes cercaron Alhucemas con una serie de exigencias que

---

<sup>33</sup> Ybarra Enríquez, María Concepción. *España y...*, p. 336.

<sup>34</sup> Diouri, Moumen. *La realidad...*, p. 124.

<sup>35</sup> Laredo, Claudio. "Fracasa un...", p. 45.

debían cumplirse por el gobierno central, destacando la salida de los caídos extraños y el nombramiento de sus líderes como autoridades.

Toda esta situación conllevó el final del gobierno de Balafrej<sup>36</sup>. Mohamed V encargó la formación de un nuevo gobierno de “Unidad Nacional” el 17 de diciembre de 1958 al líder de la izquierda isqtlaliana, Abdallah Ibrahim, en una decisión magistral que ahondó la división interna del PI.

Mientras, en enero de 1959, el Estado mayor de las FAR se instalaba en Tetuán el rey decidió poner fin a las protestas de una manera drástica. Se organizaron toda una serie de contingentes dirigidos por el príncipe Moulay Hassan, los cuales desembarcaron en Tánger y Alhucemas (20.000 hombres)<sup>37</sup>.

Sin embargo, se levantaron más tribus amazighes, en este caso en el Atlas Medio. La situación se comenzaba a desbordar, con lo que Mohamed V anunció un ultimátum a los rebeldes por diversos medios de comunicación. Esto desencadenó la rendición de una gran parte de los mismos.

Aun así, en el núcleo duro del Rif, las cabilas más levantiscas se resistieron en las montañas. Ante la complicada situación, el príncipe pidió ayuda a Francia, con lo que desembarcaron en el territorio conjuntamente cuerpos de paracaidistas marroquíes y franceses para abordar el problema de una manera muy violenta.

En este momento se alcanzó una posición cercana a la guerra civil por la violencia de los combates. Además, el republicanismo de los contendientes rifeños era ya claro. No solo peleaban contra el mal gobierno del PI, sino que luchaban contra el propio rey ya que este les mandó a su hijo al frente de las FAR para aplastarlos y destruirlos. El propio Abd el-Krim el 6 de febrero de 1959 hizo público el “Manifiesto al pueblo marroquí combatiente” donde denunciaba abiertamente al monarca de apoyarse en el gobierno francés para instaurar de nuevo un Estado colonial<sup>38</sup>.

Hasta marzo no se consiguió someter de manera definitiva a todos los rifeños tras una dura represión llevada a cabo por las FAR, donde se destacaron los bombardeos a la población civil con bombas de fragmentación, napalm y fósforo, los cuales se saldaron con hasta 8000 muertos. El reconocimiento institucional del fin de la contienda

---

<sup>36</sup> Esto sucedió tras la dimisión el 28 de noviembre del vicepresidente y ministro de economía Abderrahim Buabid ante las presiones recibidas por las divisiones en el partido y la rebelión. Ybarra Enríquez, María Concepción. *España y...*, p. 374.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 373-376.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 379.

se realizó con una *bay'a* (pacto tradicional de vasallaje) de los líderes de las cabilas rifeñas con el rey en el viaje que realizó en junio al norte de Marruecos<sup>39</sup>.

## 6. Las consecuencias de la rebelión

En primer lugar, se observaron una serie de consecuencias políticas que marcaron el sistema político que se instauró en Marruecos. El monarca consiguió imponerse al PI al establecer un sistema multipartidista. Además, el partido se dividió entre moderados (PI) y progresistas (Unión Nacionalista de Fuerzas Populares) en septiembre de 1959 tras el gobierno del izquierdista Ibrahim. A la vez, a partir de la Constitución de 1962 (promulgada de manera autoritaria ya por Hassan II)<sup>40</sup> estos partidos tuvieron que enfrentarse a los que eran creados por el poder para servir a la voluntad del rey.

A pesar de todo esto, la situación política continuó convulsa. Así en 1965 tras nuevas revueltas populares se dispuso el estado de excepción. Aunque este fue levantado oficialmente en 1970 las Constituciones redactadas en esta década institucionalizaron el absolutismo monárquico que dominó hasta la década de 1990 (“años de plomo” de la monarquía de Hassan II)<sup>41</sup>. Sin embargo, esta situación no paró a la población, que se siguió manifestando contra el régimen por la situación política, económica, etc. Así, la monarquía intentó normalizar la situación combinando represión brutal y generalizada contra sus “enemigos” con medidas populistas (destacando la Marcha Verde en 1975).

En el caso de la rebelión, la represión desencadenada en enero de 1959 fue horrible y no perdonó a nadie, aunque se enmarcó en un periodo muy violento de por sí. Sin embargo, por su cantidad en un corto periodo de tiempo resultó muy llamativa. Se exterminó a una gran cantidad de rifeños con bombardeos de manera sistemática a la población civil con los medios que se han indicado, o liberando a prisioneros con granadas activadas que los mataban en el acto<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Diouri, Moumen. *La realidad...*, p. 147.

<sup>40</sup> Mohamed V murió en 1961, dando inicio a la monarquía de Hassan II hasta 1999.

<sup>41</sup> Los “años de plomo” de la monarquía de Hassan II irían desde 1965 hasta comienzos de la década de 1980, momento en que se empezó a relajar la represión generalizada contra los “enemigos” del régimen.

<sup>42</sup> Todo esto causó 8000 muertos, millares de heridos, etc. *Ibidem*, p. 147.

## 7. El resarcimiento de las violaciones

Tendrán que pasar varias décadas para se produzca el reconocimiento (de manera parcial) de las acciones llevadas a cabo en el régimen marroquí a partir de 1956 y sobre todo vinculadas al reinado de Hassan II<sup>43</sup>. Este proceso será claro con la gradual liberalización política de la década de 1990, dentro de un contexto mundial donde se denunciaban violaciones de derechos humanos tras el final de la guerra fría<sup>44</sup>. Así, el régimen marroquí quería eliminar su visión de autocracia represora para promocionar una imagen a favor de la democracia, demostrando una verdadera transformación del régimen con el desarrollo y la aplicación real de libertades civiles y derechos humanos<sup>45</sup>.

Dentro de esta liberalización general se observó la organización de acciones reivindicativas para lograr la reconciliación de la monarquía con los ciudadanos. Para la rebelión del Rif se desarrollaron a través del marco de las asociaciones a favor de los movimientos amazighes<sup>46</sup> y los movimientos de derechos humanos.

En el caso de la rebelión del Rif, los movimientos de derechos humanos centraron su atención con la creación por dahir el 6 de noviembre de 2003 de la Instance Equité et Reconciliation (IER)<sup>47</sup>, una comisión estatal presidida por Driss Benzerki, uno de los principales activistas pro-derechos humanos de Marruecos. Esta Comisión de la Verdad no tiene ningún precedente en el mundo árabe, de ahí su importancia<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> Este desagradó claramente a la población por su modo de actuación ante su pueblo y su arrogancia, lo cual se demostró públicamente en múltiples ocasiones. Dalle, Ignace. *Los tres...*, p. 125.

<sup>44</sup> Este proceso vino marcado por la creación del Consejo Consultivo para los Derechos Humanos (CCDH) en 1990, que inauguró el proceso que se culminó en la década siguiente.

<sup>45</sup> Bensadoun, Mickael. "The (Re)fashioning of Moroccan National Identity". En Maddy-Weitzman, Bruce y Zisenwine, Daniel (eds.). *The Maghrib in the new century : identity, religion, and politics*. Gainesville: University Press of Florida, 2007, pp. 36-49, p. 15.

<sup>46</sup> Destacan sobre todo el Movimiento Cultural Amazigh y el Movimiento por la Autonomía del Rif. La población amazigh y rifeña, dentro del proceso de globalización, buscó defender su reconocimiento cultural a nivel institucional. El camino de los movimientos amazighes comenzó en la década de 1960. Sin embargo, fue a partir del 5 de agosto de 1991 con la publicación de la Carta de Agadir, relativa a los derechos lingüísticos y culturales, el momento en que se puso en marcha el reconocimiento de la identidad amazigh como parte de la identidad marroquí. Este fue reforzado con el Manifiesto Amazigh del 1 de marzo de 2000 y culminado con el reconocimiento del tamazight como lengua oficial del Estado marroquí junto con el árabe en la Constitución del 2011, demostrado como Mohamed VI comprendió desde muy pronto la necesidad de reconocer la identidad amazigh. También fue vital la creación del Instituto Real para la Cultura Amazigh (IRCA) en octubre de 2001, para promocionar la preservación e investigación de la cultura amazigh. Crawford, David. "Morocco's Invisible Imazighen". *The Journal of North African Studies*, 2002, 7, pp. 53-70, p. 54.

<sup>47</sup> Mohamed VI ha sabido gestionar la búsqueda de la verdad para reconciliarse y reparar la memoria de la población marroquí, sobre todo la narrativa de la historia del Rif, uno de los grandes tabúes bajo el reinado de Hassan II. Este inició la tendencia con la reactivación de la vida parlamentaria de una manera más seria, promoviendo un gobierno de alternancia de la USFP. Storm, Lise. *Democratization in Morocco*. Londres: Routledge, 2010, pp. 163-173.

<sup>48</sup> IER. *La verdad...*, vol. 1, p. 11.

La IER tenía el cargo de identificar e indemnizar a las víctimas de abusos contra los derechos humanos desde 1956 a 1999<sup>49</sup>, buscando analizar públicamente los capítulos más negros del reinado de Hassan II. Además, tuvo que hacer públicos los resultados (30 de noviembre de 2005) y darle publicidad a través de entrevistas en la televisión y la radio a algunos de los reprimidos, para así lograr consolidar el proceso de reconciliación nacional. Sin embargo, la IER tiene una actuación muy limitada, ya que es la propia monarquía la que marcó los parámetros para establecer el análisis de los hechos<sup>50</sup>.

No obstante, a día de hoy el Estado marroquí sigue sin lograr su plena democratización (la arbitrariedad del régimen y la corrupción electoral es constante). De esta manera, la IER mostró un carácter consultivo y extrajudicial para solo superar superficialmente los excesos coercitivos del reinado de Hassan II<sup>51</sup>.

En el caso de la rebelión del Rif (como sucede también con la represión llevada a cabo en el Sáhara) no se observan unas conclusiones lo suficientemente claras sobre la manera en que se llevó a cabo la represión y los ataques a la población civil (además de no hacer referencia clara al total de víctimas).

La IER reconoció la utilización de la fuerza en las zonas de conflicto de la rebelión, lo que dio lugar a graves violaciones de derechos y libertades básicas. Pero sobre todo se destaca el intencionado abandono económico, administrativo y cultural por parte del régimen de este territorio tras su finalización<sup>52</sup>.

Como se observa, los resultados de la IER no esclarecen la rebelión del Rif. No se hace referencia a la cantidad de víctimas de este conflicto, donde destacarían los 8000 muertos que autores como Moumen Diouri achacan a los ataques llevados a cabo por las FAR. Pero tampoco se analizan los métodos utilizados contra los detenidos (correr con granadas activadas) ni los utilizados para atacar a la población civil, entre los que destacan las bombas de fragmentación, napalm y fósforo, las cuales estarían prohibidas por el Protocolo de Ginebra de 1925, al que Marruecos estaría vinculado desde su entrada en la ONU en 1957<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> Sobre todo se prestó atención a las desapariciones de disidentes políticos llevados a cabo en la década de 1970 (los años con más represión de la monarquía de Hassan II). *Ibidem*, p. 12.

<sup>50</sup> Bensadoun, Mickael. "The (Re)fashioning...", p. 25.

<sup>51</sup> Aunque el Secretario General de la ONU dispuso que la IER fue el restablecimiento del Estado de Derecho en Marruecos y el inicio del proceso de democratización. IER. *La verdad...*, vol. 1, p. 12.

<sup>52</sup> IER. *La verdad...*, vol. 2, p. 41.

<sup>53</sup> La utilización se mantuvo en el tiempo y será la Resolución XXIII de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos del 12 de mayo de 1968 la que los prohibió a nivel internacional, aunque hayan seguido siendo utilizados (incluso en el propio Marruecos en la represión en el Sáhara). Resolución

Los resultados publicados por la IER sobre la rebelión del Rif dejan más interrogantes que respuestas, ya que no se aborda con profundidad este conflicto ni sus consecuencias. Habiendo sido uno de los principales sucesos bélicos ocurrido desde la independencia, este vacío en los resultados parece realizado de manera deliberada. Esto muestra las ampollas que aún levanta la represión llevada a cabo para acabar con la rebelión, que habría sobrepasado límites aceptables en el panorama moral internacional.

## 8. Conclusiones

La rebelión del Rif (1958-1959) ha sido uno de los conflictos más violentos de la segunda mitad del siglo XX en Marruecos (a excepción de la represión en el Sáhara). Esta se produjo en el momento de institucionalización del nuevo régimen, donde la monarquía se acabó constituyendo como el principal agente gobernante. En este proceso de afirmación de esta institución como ejecutor del poder fue decisiva esta rebelión, ya que sirvió para ahondar la división del principal partido nacionalista (el Partido del Istiqlal), favoreciendo la instauración de un sistema pluripartidista y de esta manera evitar la instauración de un sistema de partido único, como sucedió en los otros países del Magreb, como Túnez (Partido Neodestur) y Argelia (Frente de Liberación Nacional).

Este conflicto supuso una grave violación de los derechos humanos de la población civil del Rif, aunque ningún organismo internacional tuvo interés en denunciar la situación, sobre todo por las buenas relaciones que se habían establecido entre el Estado marroquí y las antiguas naciones protectoras. De esta manera, el régimen atacó a los rifeños de manera sistemática con métodos y armas que en teoría estaban muy mal vistos por el derecho internacional (o incluso prohibidos), incluyendo liberaciones de presos con bombas activadas, bombardeos con napalm y fósforo, etc.

La liberalización política del régimen en la década de 1990 pareció el momento idóneo para conseguir la reconciliación con el Rif (muy marginado durante todo el reinado de Hassan II). El proceso de resarcimiento se enmarcó en las investigaciones realizadas por la Instance Equité et Reconciliation en la primera década del siglo XXI sobre el conjunto de acciones represivas llevadas a cabo por el régimen que se empezó a institucionalizar a partir de 1956.

Sin embargo, los resultados de la IER respecto a la rebelión del Rif se mostraron tremendamente limitados. Esto hizo que diferentes asociaciones de derechos humanos y de la memoria del Rif denunciaran el nulo interés del reconocimiento de las violaciones por las instancias encargadas de la investigación. Así en el informe final publicado el 30 de noviembre de 2005 no se hacía referencia al número de víctimas total (los 8000 a los que se hacen referencia son estimaciones de uno de los principales intelectuales pro-derechos humanos marroquí, Moumen Diouri), los métodos represivos utilizados, etc.

De esta manera, el informe final de la IER reconoció la utilización de la fuerza y la marginación de este territorio, pero dejó en un gran interrogante los números, resultados y consecuencias de la rebelión, que se supone deberían haber sido esclarecidos para lograr la tan ansiada reconciliación nacional.

### Referencias Bibliográficas

- Bensadoun, Mickael. "The (Re)fashioning of Moroccan National Identity". En Maddy-Weitzman, Bruce y Zisenwine, Daniel (eds.). *The Maghrib in the new century: identity, religion, and politics*. Gainesville: University Press of Florida, 2007.
- Crawford, David. "Morocco's Invisible Imazighen". *The Journal of North African Studies*, 2002, 7.
- Cruz Romero, Manuel. "Mohamed V sanciona la dimisión total del Gobierno de Si Bekkai". *La Vanguardia*, 17 abril 1958.
- Dalle, Ignace. *Los tres reyes: la monarquía marroquí desde la independencia hasta nuestros días*. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2006.
- Diouri, Moumen. *La realidad de Marruecos: la dinastía alauita: de la usurpación al atolladero*. Madrid: Encuentro, D.L. 1988.
- Figueras, Amanda. "España y sus bombas tóxicas sobre Marruecos" [en línea]. *Elmundo.es*. 25 de julio de 2008. <<http://www.elmundo.es/elmundo/2008/07/02/espana/1215013468.html>> [13 agosto 2016].
- Hart, David M. *Estructuras tribales precoloniales en Marruecos bereber, 1860-1933*. Granada: Universidad de Granada, 1997.
- IER. *La verdad y la responsabilidad relativas a las violaciones*. Rabat: Consejo Consultivo de los Derechos Humanos, 2009.

- Julien, Charles-André. *Le Maroc face aux imperialismes (1415-1956)*. Paris: Jeune Afrique, 1978.
- La Porte, Pablo. “La práctica internacional de las disculpas de Estado: España, Marruecos y el Rif en el centenario del Protectorado (1912-2012)”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, 24.
- Laredo, Claudio. “Fracasa un nuevo intento de agitación marroquí”. *ABC*, 8 octubre 1958.
- Maddy-Weitzman. “Berber/Amazigh “Memory Work””. En Maddy-Weitzman, Bruce y Zisenwine, Daniel (eds.). *The Maghrib in the new century: identity, religion, and politics*. Gainesville: University Press of Florida, 2007.
- Segura, Antoni. *El Magreb: del colonialismo al islamismo*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1994.
- Storm, Lise. *Democratization in Morocco*. Londres: Routledge, 2010.
- Ybarra Enríquez, María Concepción. *España y la descolonización del Magreb: rivalidad hispano-francesa en Marruecos (1951-1961)*. Madrid: UNED, 1998.

# REFUGIADOS Y DESPLAZADOS DURANTE LA GUERRA DE EL SALVADOR DESDE LOS ANÁLISIS DE SEGUNDO MONTES

## REFUGEES AND DISPLACED PEOPLE OF THE SALVADORAN WAR BASED ON THE RESEARCH OF SEGUNDO MONTES

Arancha Jiménez Gutiérrez  
*Universidad de Valladolid*

**Resumen:** El análisis que se presenta a continuación se centra en los estudios que a lo largo de la década de 1980 realizó el Doctor Segundo Montes, jesuita vallisoletano asentado en El Salvador, sobre el problema de los desplazados y refugiados a causa de la guerra que asoló aquel país y se saldó con más de 70.000 muertos y cerca de 10.000 desaparecidos. Sus investigaciones iniciales, plasmadas en dos volúmenes de escasa difusión, tenían como objetivo radiografiar el problema, identificar a los principales actores (Gobierno, instituciones de ayuda, países de recepción de refugiados...) y medir el impacto de las soluciones que se daban a la situación que padecían cerca de 1.250.000 salvadoreños como consecuencia de la violencia. Adicionalmente y fruto de la convicción que, al igual que el resto de sus compañeros asesinados en la UCA en 1989, Montes tenía sobre la relevancia de la labor investigadora y su necesaria incidencia en la realidad social, los estudios incluyen testimonios de esta población que, en forma de aportaciones y sugerencias, buscaban propiciar la viabilidad de las acciones para solucionar el problema en el presente pero, sobre todo, en el futuro.

**Palabras clave:** Refugiados, Desplazados, Guerra, El Salvador.

**Abstract:** This analysis is about the research completed through the 1980s by Doctor Segundo Montes, a Jesuit from Valladolid who resided in El Salvador. His research focused on the displaced people and refugees from the war that raged in the country, killing more than 70.000 and causing near 10.000 missing people. This initial research of Segundo Montes had the goal of developing an in-depth analysis about the root cause of the problem in the country as well as to identify the main actors (Government, aid institutions, countries that took the refugees... etc) and to measure the impact of the solutions given to 1.250.000 Salvadoreans who suffered the consequences of violence. This initial research was published in two volumes that did not have wide circulation at the time. Furthermore, as a result of the belief of Montes's and its colleagues killed in UCA in 1989 in academic research and its capacity to influence social reality, his research included testimonies of the country's population in the form of contributions and suggestions about ways to promote the viability of the actions developed to solve the problem.

**Keywords:** Refugees, Displaced people, War, El Salvador.

### 1. Introducción

El análisis descriptivo que se presenta a continuación se detiene en las dos primeras investigaciones que realizó Segundo Montes entre mayo de 1984 y septiembre de 1986. La

primera, “El Salvador 1985. Desplazados y Refugiados”, fue pionera en el estudio integral del fenómeno de los desplazados y refugiados. Para su elaboración hizo una significativa aportación metodológica basada, inicialmente, en la revisión bibliográfica sobre el tema así como en el conocimiento de las instituciones vinculadas a la atención a esta población, tanto desde el ámbito documental como a través de entrevistas con sus representantes. Completó el trabajo con entrevistas directas a responsables de asentamientos, encuestas a jefas de familia de entre los desplazados y refugiados y con un diario de campo.

El segundo estudio, “El Salvador 1986. En busca de soluciones para los desplazados”, editado ya con el marchamo del Instituto de Derechos Humanos (Idhuca) que él mismo fundó en 1985 en la UCA, buscaba aportar soluciones a la situación de los desplazados, para lo que previamente analizó de manera pormenorizada una selección de proyectos.

El grueso de la investigación se sustentó en las encuestas realizadas a desplazados y a vecinos de las posibles zonas de reubicación sobre sus deseos y expectativas ante la situación en la que se encontraban, así como en la información recabada en diarios de campo.

Por tanto este trabajo, fruto de dos estancias de investigación en la UCA que a lo largo de tres meses han permitido compilar muy diversa documentación de complicado acceso, analiza ambas publicaciones (también otras posteriores de su autoría y otras fuentes documentales y entrevistas en profundidad) por su carácter pionero, por el escaso análisis y difusión de que han sido objeto y por la valía de sus conclusiones y recomendaciones, cuyo conocimiento era oportuno entonces y también en un escenario "humanitario" como el actual.

## **2. La tradición migratoria salvadoreña y el nuevo fenómeno de los desplazados y refugiados**

El Salvador era y es un país tradicionalmente marcado por fuertes flujos migratorios tanto estacionales como permanentes: los datos de los censos de población de

los años 1950, 1961 y 1971<sup>1</sup> reflejaban, por una parte, un crecimiento superior al millón y medio en dos décadas, y por otro, la migración a las ciudades, que pasaron de 677.167 habitantes a mediados del siglo xx a 1.405.532 a comienzos de los 70, además de la emigración al extranjero, por la que al menos 557.099 salvadoreños optaron entre 1930 y 1961<sup>2</sup>.

La causa de la movilidad poblacional hasta la década de 1980 era económica<sup>3</sup> pero fue a partir de la aprobación de la reforma agraria, el 5 de marzo de 1980, con la consiguiente "militarización del territorio e intensificación y generalización de la estrategia de la contrainsurgencia"<sup>4</sup>, cuando Montes apuntó a la violencia y la represión como principales motivaciones de la huida. El 10 de enero de 1981 se uniría a esta causa el inicio del conflicto bélico de mano de la ofensiva final del FMLN, lo que acarreó una segunda oleada de desplazamientos, especialmente al extranjero.

...los años 1980-1982 fueron los de mayor represión y terror en las ciudades, en el campo y en la zona metropolitana, con altísimas tasas de asesinatos, capturas, desaparecimientos, esparcimientos de cadáveres mutilados y torturados por todo el territorio y especialmente en lugares muy definidos, para infundir terror en la población<sup>5</sup>

## 2.1. Radiografía cuantitativa del fenómeno

### 2.1.1. Refugiados

En una primera visión de la situación se manejaron las cifras lanzadas en 1984 por Americas Watch, que situaba en cerca de 500.000 los desplazados, en 250.000 los refugiados en México y otros países de Centroamérica, y en alrededor de 500.000 los de Estados Unidos (más adelante fijaría la cifra de afectados en 1,75 millones, el 35% de la

---

<sup>1</sup> El último censo databa de 1971 y en 1980 se quiso realizar otro pero no se pudo. "Se desconoce la composición actual de la población, su número exacto, su distribución por sexos, edades, rural-urbana, por departamentos y municipios, etc". Montes, Segundo (dir). *El Salvador 1985. Desplazados y refugiados*. San Salvador: Instituto de Investigaciones Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 1985, p. 42.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 19-20.

<sup>3</sup> Atribuye a la contrainsurgencia auspiciada por el gobierno del general Romero para "limpiar de comunistas" el país" los primeros desplazamientos, en 1977, aunque no fueron "percibidos" por la población ni preocuparon a las instituciones por darse dentro del ámbito rural. *Ibidem*, p.178.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p.80.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p.83.

población)<sup>6</sup>. No obstante, se reconocía la falta de consenso en torno al número de refugiados: de ese trabajo se concluía que eran 70.000 los salvadoreños en Guatemala; alrededor de un millar en Panamá; 10.000 en Costa Rica; entre 2.500 y 3.000, según el Gobierno y 7.000 según Acnur, en Belice, de los que solo 2.000 recibían asistencia; 17.000 en Honduras repartidos en los campos de Mesa Grande (10.124) y Colomoncagua (6.826), y 120.000 en México<sup>7</sup>. Frente al resto de los países de la región (a excepción, inicialmente, de Costa Rica), cuyos gobiernos no facilitaban la entrada de refugiados por considerarlos una "amenaza para su propia seguridad" o un "elemento concientizador de las masas nacionales", el caso de Nicaragua fue distinto ya que brindó apoyo asistencial y favoreció la integración de cerca de 22.000 salvadoreños mediante la dotación de los mismos recursos que a los nacionales; además, creó comités para que, relacionados con las organizaciones políticas revolucionarias de El Salvador, el refugiado no fuera ajeno a la realidad de su país<sup>8</sup>. Su situación dependía en gran medida de las organizaciones de ayuda: las gubernamentales e internacionales la brindaron inicialmente en el ámbito asistencial (dotación de alimentos, vivienda, ropa, documentación...) mientras que las de carácter religioso<sup>9</sup> abordaban otros como la "capacitación, educación, responsabilización de todos en el conjunto y frente a los demás, trabajo solidario, etc"<sup>10</sup>. Esta apuesta integral por la formación para el empleo y la involucración de los refugiados y desplazados en la toma de decisiones sobre su situación y su futuro sustentó, como se comprobará en la última parte del trabajo, una de las principales recomendaciones de la investigación.

---

<sup>6</sup> "La situación de los salvadoreños desplazados y refugiados". *La migración centroamericana y la situación de los salvadoreños desplazados y refugiados*. México: Centro de Investigación y Acción Social, 1986, Cuadernos de Trabajo n.º 7, pp. 55-71.

<sup>7</sup> Montes, Segundo. *Desplazados y...* pp. 257-266.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p.111.

<sup>9</sup> Destaca, como muestra de su vinculación con la Teología de la Liberación, la siguiente reflexión: "...la Iglesia Católica es con frecuencia acusada, y a veces atacada, por tener una posición más progresista hacia los refugiados; en muchos casos, su labor es obstaculizada por los gobiernos, que la acusan de estar brindando su apoyo a los insurgentes (...)" *Ibidem*, p.112.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 112.

### 2.1.2. Desplazados

Los datos de desplazados<sup>11</sup> entre junio y agosto de 1984 mostraban que eran 467.366 los que, registrados o no, fueron asistidos por la Comisión Nacional de Desplazados, Conades (269.131), Comité Internacional de Cruz Roja (101.310) y Catholic Relief Services junto al Secretariado Social Arquidiocesano (96.925); a ellos habría que sumar los dispersos<sup>12</sup>.

Pese a que este fenómeno no fue correctamente dimensionado hasta muy avanzado el conflicto bélico, la organización de la segunda ronda de las elecciones presidenciales el 6 de mayo de 1984 contempló la posibilidad de voto de las personas movilizadas de sus lugares de origen mediante la instalación de centros de votación municipales, departamentales, regionales y nacionales. El análisis posterior de los resultados y el manejo y combinación de las distintas variables permitió situar el número total de votos en 1.526.981 y el de desplazados por la violencia en al menos 483.927, el 9,51% de la población total estimada.

### 3. Situación y perfil de la población desplazada y refugiada

La población desplazada se caracterizaba por la "falta de educación, vivienda inadecuada, falta de trabajo, carencia de servicios básicos y otras necesidades"<sup>13</sup>. Había una presencia masiva de niños, mujeres y ancianos y el desempleo era el principal problema, lo que propiciaba situaciones de "dependencia y frustración" que a su vez derivaban en "diversos vicios sociales y parasitismo"<sup>14</sup>. Con ausencia mayoritaria de agua, luz y servicios sanitarios, la mejor atención era la brindada por la Iglesia Luterana, seguida por la Católica, y a continuación se situaban las demás, a las que apenas llegaba la ayuda para todos, lo que propiciaba "individualismo y rivalidades". Casi todos los asentamientos contemplaban acciones de capacitación, aunque los de la iglesia y los del extranjero

---

<sup>11</sup> Los primeros desplazamientos fueron "resultado de la acción directa del ejército" sobre las zonas controladas por la guerrilla y "en muy pocos casos" respondieron a la represión de ésta; la fuerza armada era la causa principal del miedo que confiesan haber sentido en la movilización. *Ibidem*, pp. 178 y 204.

<sup>12</sup> De hecho, en un artículo de 1986 amplía la cifra hasta 745.500 (Montes, Segundo. "A la búsqueda de soluciones para los desplazados salvadoreños". *Relaciones Internacionales*, 1986 (c), 17, pp. 25-43.

<sup>13</sup> Montes, Segundo. *Desplazados y...* p.114.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 184-185.

incidían especialmente en acciones de formación y aprendizaje para fomentar el sentimiento de utilidad. Los religiosos, junto a los privados, contaban con iniciativas educativas centradas en la alfabetización. También en la mayoría se daban estructuras de organización interna con distintos niveles de complejidad e implicación.

Por su parte, Nicaragua y Costa Rica brindaron oportunidades a los refugiados y apoyaron su integración, aunque las condiciones de ambas naciones no posibilitaron su desarrollo. Por el contrario, en Honduras estaban "sometidos a vigilancia y aislamiento, a controles y en algunos casos a represión" y fueron objeto de un intento frenado de repatriación<sup>15</sup>. En general, su situación era de "pura subsistencia". "Pese a lo crítico de tal situación, impresiona la actitud de los desplazados por mantener su condición de personas, pues contrario a lo que muchos creen y manifiestan sin conocimiento de causa, la gente está dando la batalla por sobrevivir, buscando generar ingresos por su propio esfuerzo"<sup>16</sup>.

El tamaño de los núcleos familiares rondaba entre los 11,10 y 5,97 miembros; la ratio de edad más amplio correspondía a 0-18 años, con "excesiva" presencia de menores de entre cero y doce años y el analfabetismo del jefe de familia oscilaba entre el 45,5% y el 91% (las acciones de algunas organizaciones favorecieron que los niveles educativos crecieran). Sus condiciones de salud eran "bastante deplorables"<sup>17</sup> y más de la mitad de niños padecía varias enfermedades<sup>18</sup>. Asimismo, antes del desplazamiento los porcentajes de posesión de vivienda eran superiores al 65% y el trabajo agrícola era la actividad principal de los varones. La gran mayoría de los encuestados deseaba volver a su lugar de origen siempre que la guerra hubiera acabado y se diesen las condiciones adecuadas de paz y también de ayuda económica, y un porcentaje elevado tampoco descartaba quedarse donde se encontraba<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p.186. Una de las refugiadas en Colomoncagua (Honduras), Celina Velázquez, recordaba en una entrevista realizada en verano de 2015 cómo un asalto de militares hondureños se saldó con dos muertos, 50 heridos (algunos fallecieron tiempo después) y diez capturados.

<sup>16</sup> Montes, Segundo (dir). *El Salvador 1986. En busca de soluciones para los desplazados*. San Salvador: Instituto de Investigaciones e Instituto de Derechos Humanos Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 1986, p. 72.

<sup>17</sup> Vivían en casas con 6,3 moradores de media y en terrenos junto a la vía del tren, por ejemplo. *Ibidem*, p. 73.

<sup>18</sup> Montes, Segundo. *Desplazados y...* p. 207.

<sup>19</sup> El primer volumen concluye que, en cualquier caso, ni la situación ni el cambio migratorio hacia las ciudades permitirían que muchos de ellos volvieran a sus lugares de origen en el campo, posibilidad especialmente complicada para los jóvenes, quienes tendrían que enfrentarse a cambios en la tenencia de la

## 4. Las entidades de ayuda: clasificación y descripción. Una muestra de los proyectos

### 4.1. Clasificaciones

Montes clasificó las instituciones de ayuda en función de distintos criterios, entre los que ahora se destacan los siguientes: por su objetivo, "asistencialistas" o "de promoción humana", y por su conceptualización e interpretación de las causas del fenómeno estableció una diferencia entre las gubernamentales, que lo atribuían a la guerra, y las privadas, que lo relacionaban con los desequilibrios que afectaban de manera estructural al país. De alguna manera esta segunda clasificación les llevó a diferenciar a las gubernamentales, que se ceñían a la satisfacción de las necesidades básicas y no daban espacio a la participación de los desplazados, de las privadas, que les otorgaban un papel más activo y les consideraban "un sujeto" frente a la falta de "valoración" de las primeras<sup>20</sup>.

Las entidades católicas estaban marcadas en lo ideológico por las doctrinas emanadas de las Conferencias de Medellín (1968) y Puebla (1979)<sup>21</sup>. "Hay un vuelco radical hacia la promoción y concientización de los sectores marginados, urbanos y rurales (...) Esta nueva Iglesia no solo buscaba ayudar a los pobres, sino desarrollar su conciencia crítica para que comprendan las causas de su marginalidad"<sup>22</sup>.

Pero el carácter asistencialista y, especialmente, la falta de programas centrados en la producción y capacitación de esta población fruto del desconocimiento y de la falta de previsión ante la prolongación del conflicto armado hacían que en 1985 "el deterioro de la personalidad y desvalorización del desplazado" fueran "evidentes" en todos los casos<sup>23</sup>.

### 4.2. Descripción

El estudio presentaba una clasificación de las entidades de ayuda en función de su naturaleza: Político-gubernamentales (Comisión Nacional de Desplazados, Comisión Nacional de Restauración de Áreas y Dirección de Desarrollo Comunal), religiosas

---

tierra derivada de la guerra y la falta de documentación y la consecuente concentración en manos de unos pocos. Montes, Segundo. *En busca de soluciones...* pp. 228-229.

<sup>20</sup> Montes, Segundo. *Desplazados y...* pp.119-123.

<sup>21</sup> La equiparación de desarrollo y paz y conceptos como "construcción de justicia", "liberación" y "adaptación del evangelio al signo de los tiempos" marcaron la cita colombiana, Azcuy, 2012, mientras que la opción preferencial por los pobres y los jóvenes sustentó la de Puebla. Sobrino, s.d.

<sup>22</sup> Montes, Segundo. *Desplazados y...* pp. 164-165.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 128.

católicas (Secretariado Social Arquidiocesano, Arceco, Programa Ecuménico de Alimentos, Cáritas Nacional, Cáritas Arquidiocesana, Asentamiento Santa María la Esperanza, Comunidad Óscar Arnulfo Romero y Catholic Relief Services), religiosas no católicas (Diaconía; Iglesia Luterana, Comité Central Menonita, Iglesia Bautista Enmanuel e Iglesia Episcopal) y humanista no confesional (Fundación Promotora de Cooperativas, Federación de Asociaciones Cooperativas de Producción Agropecuaria de El Salvador, Médicos sin Fronteras, Cruz Roja Nacional, Médicos del Mundo, Cruz Verde Salvadoreña, Fundación Salvadoreña de Desarrollo y Vivienda Mínima, Fe y Alegría, Comité Internacional de Cruz Roja, Agencia Internacional para el Desarrollo (AID) del Departamento de Estado de EEUU y Programa Mundial de Alimentos).

Pese a la multitud y variedad de entidades (y de necesidades por parte de desplazados y refugiados), no existía planificación ni coordinación, por lo que se insistía en crear una estrategia que situara a esta población como sujeto y no como objeto de las medidas<sup>24</sup>.

### **4.3. Una muestra de los proyectos**

#### **4.3.1. Programas nacionales**

Desde el Gobierno, el Ministerio de Planificación y Coordinación del Desarrollo Económico (Miplan) lanzó una primera iniciativa consistente en la creación de 50 'polos de desarrollo' en poblaciones secundarias y con recursos físicos y económicos para 10.000 desplazados a "apadrinar" por parte de países amigos, y el Comité Intergubernamental para las Migraciones presentó en 1985 una iniciativa para reasentar a 2.500 personas. A estas iniciativas se sumó, en octubre de ese mismo año, 'Módulo España', proyecto similar y para 2.500 personas dotado con 2,5 millones de dólares de recursos españoles<sup>25</sup>, entre otros programas.

Por su parte, el Ministerio de Agricultura y Ganadería presentó el 'Macro-plan de atención a desplazados para su incorporación al desarrollo económico y social del país', que con 2.480 millones buscaba llegar a casi la totalidad de esta población (422.058 personas)

---

<sup>24</sup> Montes, Segundo. *En busca de soluciones...* p. 10.

<sup>25</sup> "... no habrá verdadera salida para este problema si no es a través de gigantescas y generosas ayudas internacionales, salvaguardando y garantizando la autonomía y la soberanía nacional en las decisiones y políticas pertinentes y fundamentales". *Ibidem*, p. 144.

mediante la adquisición de tierras abandonadas y la vida comunal, entre otros, mientras que el del Interior lanzó el Programa Nacional de Atención a la Población Desplazada 1986-1989, que integraría a los demás y que, con casi 264 millones, fijaría 34 emplazamientos próximos a los asentamientos para atender a medio millón de personas.

Terminada ya la segunda investigación, la Fuerza Armada presentó el plan 'Unidos para construir', del que solo se conocieron datos difundidos en prensa y basado en "operaciones de limpieza, consolidación construcción y reconstrucción", de manera que consideraron que su éxito pasaba por el de la acción del ejército "tanto en la limpieza de guerrilleros en las diversas zonas como en la consolidación de la Fuerza Armada en las mismas"<sup>26</sup>.

#### 4.3.2. Programas de ONG

El estudio también se detuvo en 1986 en las acciones de organizaciones más pequeñas que, centradas en la nueva apuesta por la producción, trabajaron de dos maneras distintas: impulsando sus propios proyectos y apoyando las iniciativas nacidas de los propios desplazados<sup>27</sup>. En cualquier caso, la investigación incidía en la debilidad de la apuesta por la búsqueda de soluciones definitivas:

Más aún, no parece existir un programa nacional, realista, eficiente y operativo de reconstrucción del país, de nuevo tipo de desarrollo y producción, asentamientos humanos, etc., en el que esa enorme proporción que constituye la población desplazada esté integrada y se le asigne el lugar, la importancia y las funciones principales a desempeñar. Siempre está pendiente la espada de Damocles de la provisionalidad, de la guerra creciente en intensidad y extensión, de la imposibilidad de dinamizar el país y la economía en tales condiciones<sup>28</sup>.

#### 4.4. El caso de los refugiados

Belice había integrado a los refugiados en comunidades agrícolas; en Panamá un millar tenía nacionalidad y tierras, y en Nicaragua formaban parte de proyectos de

<sup>26</sup> Montes, Segundo. *A la búsqueda...* pp. 29-30.

<sup>27</sup> Insistía Montes en que los proyectos promovidos por las entidades contaban con más financiación pero mantenían el riesgo de dependencia, mientras que los segundos favorecían la solidaridad, organización, responsabilidad y concienciación. *Ibidem*, pp. 48-49.

<sup>28</sup> Montes, Segundo. *En busca de soluciones...* p. 142.

producción junto a trabajadores del país. En Honduras permanecían reclusos en campos cerrados con el deseo de repatriarlos, mientras que en Costa Rica la situación, como ya se ha visto, fue distinta: se apostó por la integración de los 18.000 y para ello se crearon tres refugios urbanos y uno rural.

El Gobierno costarricense fue adaptándose y creando nuevas oportunidades aunque la llegada masiva de nicaragüenses a Costa Rica, sumada a la mala consideración de los salvadoreños en la región y a los "lineamientos políticos prevalecientes", que favorecían a los primeros, hicieron que la ayuda asistencial fuera la principal para el 71% de salvadoreños, que solo en un 23% de los casos estuvo involucrado en proyectos. No obstante, a partir de 1985 se dio un giro a las políticas hacia la productividad y la autosuficiencia<sup>29</sup>.

Por último y en el caso de EEUU, objeto de un estudio posterior por parte de Montes, no existía disposición de los refugiados para regresar al país si no se daban los pertinentes cambios aunque su aportación, en la distancia, era fundamental: las remesas<sup>30</sup> que enviaban y que pronto llegaron a ser segunda fuente de entrada de divisas tras el café<sup>31</sup>, eran esenciales para la supervivencia en El Salvador pese a la peligrosa dependencia que generaban<sup>32</sup>.

## **5. Principales aportaciones: visión y expectativas de la población desplazada y de los “vecinos”**

### **5.1. Desplazados: menos razones para el regreso**

En un primer momento, se apuntó a la existencia de oportunidades de empleo en el marco de proyectos productivos autosuficientes como la pieza clave que parecía determinar el éxito de las acciones; a este requisito sumó la homogeneidad del grupo, las posibilidades de participación en su promoción y un aspecto *a priori* secundario pero que posteriormente se revelaría importante: el poco espacio de separación entre viviendas.

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 57, 58 y 61.

<sup>30</sup> El sociólogo fue pionero en el estudio del impacto de las remesas llegadas de EEUU a El Salvador: sus investigaciones fueron las primeras que cuantificaron su volumen e incidencia en la economía del país.

<sup>31</sup> Montes, Segundo. *La situación de los salvadoreños...* p.55.

<sup>32</sup> Montes, Segundo. *El Salvador 1987. Salvadoreños refugiados en Estados Unidos*. San Salvador: Instituto de Investigaciones Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 1987, p. 21.

Ya en la segunda parte se creó un "índice de campesinidad" para conocer las razones que llevarían a los desplazados a retornar y se demostró que el 25% tenía arraigo en su lugar de origen y, de ese porcentaje, el 53,8% deseaba regresar, el 19,4% quedarse donde estaba, el 8,7% ser reubicado y el 3,2% buscar soluciones por su cuenta. La afinación en la combinación de los datos vinculados al arraigo mostró el cada vez menor deseo de regresar: la preferencia pasaba por quedarse donde estaba para más del 74% de los encuestados<sup>33</sup>.

En relación a la reubicación, cuyas características ignoraban los propios desplazados<sup>34</sup>, era barajada por el 29,4%. Los concentrados preferirían vivir en su departamento, en parcelas individuales y solo con su familia en viviendas de 40 metros con dos habitaciones (tres en el caso de los urbanos), construidas por ellos y con gastos a su cargo en el momento de obtener ingresos por la producción, además de contar con dos o tres manzanas (los reubicados rurales). Aunque optarían por el trabajo agrícola, sumada ésta a la interpretación de otros datos, la investigación concluyó que la migración del medio rural al urbano era "irreversible" en un futuro cercano (hablaban de un "proceso de descampesinización creciente")<sup>35</sup>.

Los refugiados, por su parte, deseaban de manera mayoritaria volver al país<sup>36</sup> (90%) siempre que hubiera cesado la guerra y en un escenario de paz (y con ayuda económica); en caso contrario, el 70% se quedaría donde residía entonces.

Algunos de estos antiguos refugiados en Colomoncagua (Honduras), en diversas entrevistas realizadas en 2015, incidían en su deseo de regresar a su país "cuando se arreglaran las cosas" y de hacerlo "en comunidad". "Él (Segundo Montes) dijo que los de Colomoncagua estaban sembrando, que eran la alternativa para el desarrollo de El Salvador

---

<sup>33</sup> Montes, Segundo. *En busca de soluciones...* p. 77, 79 y 81.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>36</sup> Estudios posteriores destacaban cómo los refugiados de Colomoncagua, Honduras, querían retornar para reproducir modelos de organización creados durante su encierro, que constituía precisamente un elemento de éxito junto a la ayuda externa, la capacitación y la sensación de "asilamiento (...) y rechazo y hostilidad hacia ellos". Montes, Segundo. *Refugiados y repatriados El Salvador y Honduras*. San Salvador: Departamento de Sociología y Ciencias Políticas, Instituto de Derechos Humanos, Idhuca, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 1989, p. 51.

(...) por el hecho de que vivíamos en comunidad, trabajábamos el uno para el otro y no manejamos dinero en los nueve años... a él le pareció muy bien"<sup>37</sup>.

## 5.2. Respuesta de los vecinos ante las reubicaciones

Estos trabajos recogieron, por primera vez, encuestas a la población de las zonas donde habrían de llevarse y ya se había llevado a cabo alguna reubicación: los participantes del ámbito rural mostraron empatía hacia los desplazados (el 79% los aceptaba por cuestiones humanitarias) aunque no descartaban pleitos por cuestiones políticas y de convivencia social.

Respecto a su actitud ante la recepción de ayudas por parte de los desplazados, el 81,2% de los partidarios de las reubicaciones consideraba que, dada la situación en que vivía, las ayudas en cuestiones de tierra, crédito y construcción tendrían que llegarles también a ellos, que en un elevado porcentaje (95,7%) estaría dispuesto a pagar por los servicios. A este hecho se sumaba que casi todos querían unidad de salud, escuela y capacitación además de ayuda básica en "compensación" a lo que se les daría a los desplazados (81%), que en su opinión no podían llegar en número mayor a 100 familias.

El 79% de encuestados en áreas urbanas estaba inicialmente de acuerdo con las reubicaciones, que no debían de superar las 50 familias. Pero en este caso, el 81% tenía "expectativas negativas" ante la posibilidad de problemas por la tierra y por la seguridad<sup>38</sup>. Además, reclamaban trabajo y otro tipo de asistencia y los mismos servicios que se brindarían a los desplazados (educación, salud, capacitación...) y por los que ellos también pagarían. "...la realidad concreta de la mayoría de la población inducirá la generación de problemas si las reubicaciones no resuelven sus propias expectativas"<sup>39</sup>.

## 5.3. Otras aportaciones

Los diarios de campo reflejaban cómo a la falta de agua potable se sumaba la de leña, la extensión de tuberculosis y la falta de higiene generalizada entre los desplazados, además de otros aspectos como la "sumamente elevada" tasa de fecundidad pese a la menor

---

<sup>37</sup> Entrevista a María Celina Velázquez, refugiada salvadoreña en Colomoncagua, Honduras. Meanguera, El Salvador, 7 de agosto de 2015.

<sup>38</sup> Montes, Segundo. *En busca de soluciones...* p. 124.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 127.

presencia de varones en comparación con el de mujeres. Se destacaría también la vinculación entre "el éxito social y el económico" en los proyectos<sup>40</sup>. Por ello, la segunda parte recogía una serie de propuestas: en el ámbito rural, abarcaban desde la construcción de viviendas con suficiente separación y levantadas con materiales de la zona por los propios desplazados hasta la reorientación de la ayuda "a un plan masivo y gigantesco de siembra y/o plantación de esos productos naturales, ocupando la mano de obra desplazada rural"<sup>41</sup>. Esta última propuesta buscaba dar un plazo de cuatro o cinco años para iniciar la producción de lo sembrado, propiciar la creación de agroindustrias y, en el momento en el que el empleo alcanzara la estabilidad, retirar las ayudas. Para ese momento, la infraestructura agraria estaría ya creada y las bases, sentadas para el futuro porque las tierras abandonadas, en caso de retorno, podrían ser ocupadas por otros. En el caso de los desplazados urbanos<sup>42</sup>, se apuntaba de nuevo a la construcción de viviendas con materiales de producción local, lo que conllevaría el incremento de otras actividades como el comercio o el transporte, y vinculaba la dinamización de la actividad urbana con el buen funcionamiento del plan de siembra y producción propuesto para el campo. Entre las sugerencias finales figuraba también la alternativa de "migraciones masivas al extranjero" en situación de legalidad<sup>43</sup>.

## 6. Conclusiones y discusión

Estos trabajos, que hicieron merecedor a Montes del premio otorgado por el Centro de Refugiados Centroamericanos (Carecen), que recogió en el Congreso de Estados Unidos a principios de noviembre de 1989, poco antes de su asesinato<sup>44</sup>, son fiel reflejo del concepto que el sociólogo tenía de la investigación.

Exquisito, preciso y veraz, como así lo recuerdan sus colaboradores, sus investigaciones se completaban con recomendaciones y sugerencias que constituyen, junto

---

<sup>40</sup> Montes, Segundo. *A la búsqueda...* p.30.

<sup>41</sup> Montes, Segundo. *En busca de soluciones...* p. 150.

<sup>42</sup> El equipo investigador no pudo aportar sugerencias "operativas y viables" para abordar la situación de la población metropolitana, de la que destacaba aspectos como el congestionamiento, la falta de empleo o la marginalidad. *Ibidem*, p. 153.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 154-155.

<sup>44</sup> Cardenal, Rodolfo. *Biografías Mártires de la UCA*. San Salvador: Centro Monseñor Romero, 1999.

a otros aspectos como la riqueza metodológica, su principal valor: la visión real de la situación de los refugiados y desplazados y la aportación de soluciones viables tuvieron una importante repercusión en el ámbito académico y humanitario (hizo varios estudios en colaboración con universidades como Georgetown) que, no obstante, parecen no haber alcanzado la misma cota de relevancia en el campo político, imprescindible en esa coyuntura.

Destacan su insistencia por la búsqueda de nuevas soluciones para ese volumen de población ante la "irreversibilidad social" de la situación ("...seguir considerando el problema como transitorio es una irresponsabilidad, cuyas consecuencias sociales a mediano plazo cobran magnitud de tragedia"<sup>45</sup>) y la orientación del foco hacia otros aspectos, como la creciente marginalidad urbana o los posibles cambios en la tenencia de la tierra y en la estructura social. Y era esa especial capacidad para observar la realidad la que le permitió adelantarse al estudio de muchos fenómenos ocurridos con posterioridad (y al planteamiento de soluciones) y que constituye uno de los principales valores del sociólogo vallisoletano:

Las relaciones sociales ya dependientes, en las que van incidiendo cada vez más fenómenos de surgimiento de caciquismo y otros mecanismos de dominación-dependencia en la población afectada, se tornará aún más asimétricas, con graves tensiones sociales y políticas en las que se irá gestando un conflicto social nuevo, pero de graves consecuencias y muy difícil de controlar, dirigir o superar<sup>46</sup>

Esa afirmación, sumada a las advertencias a propósito de la fragmentación de las familias y las nuevas formas que adoptaban por la guerra, que imprimirían "una profunda huella en la conformación de las personalidades individuales y sociales de una proporción considerable de la sociedad salvadoreña"<sup>47</sup>, o sus recomendaciones sobre la necesidad de dar soluciones "reales, productivas y dignas", especialmente a los jóvenes sometidos "a un aprendizaje de parasitismo e indolencia"<sup>48</sup>, ratifica la opinión de quienes le creemos pionero en la identificación de realidades (en este caso la del fenómeno de las maras). Muchas de estas aportaciones tienen vigencia y, adaptándolas a otros contextos, podrían ser

---

<sup>45</sup> Montes, Segundo. *En busca de soluciones...* p. 9.

<sup>46</sup> Montes, Segundo. *Desplazados y...* p. 230.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>48</sup> Montes, Segundo. *Salvadoreños refugiados...* p. 230.

revisadas en el momento "humanitario" actual, de gravísimas consecuencias tanto por la cantidad de población afectada como por las condiciones en que se encuentra.

Es reseñable el "humanismo" que sus alumnos y colaboradores destacan de sus trabajos

Así como de una concepción absolutista e intocable de la propiedad privada se ha pasado a la aceptación del sentido de la función social de la misma, también habrá que superar el concepto de la territorialidad y exclusividad nacional para pasar a considerar la geografía local en función de la humanidad"<sup>49</sup>.

### Referencias Bibliográficas

- Azcuy, V. R. "El discernimiento teológico-pastoral de los signos de los tiempos en Medellín: lectura interpretativa de los grandes temas de la II Conferencia". *Revista de la Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Pontificia de Argentina*, 2012, pp. 125-150. <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3944589.pdf>> [17 agosto 2016].
- Cardenal, Rodolfo. *Biografías Mártires de la UCA*. San Salvador: Centro Monseñor Romero, 1999.
- Entrevista a María Celina Velázquez, refugiada salvadoreña en Colomoncagua (Honduras). dor), 7 de agosto de 2015.
- Montes, Segundo (dir). *El Salvador 1985. Desplazados y refugiados*. San Salvador: Instituto de Investigaciones Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 1985
- (dir). *El Salvador 1986. En busca de soluciones para los desplazados*. San Salvador: Instituto de Investigaciones e Instituto de Derechos Humanos Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 1986 (b).
- (dir). *El Salvador 1987. Salvadoreños refugiados en Estados Unidos*. San Salvador: Instituto de Investigaciones Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 1987.

---

<sup>49</sup> Montes, Segundo. *En busca de soluciones...* p. 155.

- (investigador principal). *Refugiados y repatriados El Salvador y Honduras*. San Salvador: Departamento de Sociología y Ciencias Políticas, Instituto de Derechos Humanos (Idhuca) Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 1989
- "La situación de los salvadoreños desplazados y refugiados". *La migración centroamericana y la situación de los salvadoreños desplazados y refugiados*. México: Centro de Investigación y Acción Social, 1986, Cuadernos de Trabajo n° 7, pp. 55-71
- "A la búsqueda de soluciones para los desplazados salvadoreños". *Relaciones Internacionales*, 1986, 17, pp. 25-43.
- Sobrino, Jon. "Opción por los pobres". *Revista electrónica latinoamericana de Teología*, s.d. 251. <<http://servicioskoinonia.org/relat/251.html>> [17 agosto 2016].

**LA VIOLACION DE LOS DERECHOS HUMANOS CONTRA EL MOVIMIENTO  
CAMPEÑO EN LA ARAUCANÍA DURANTE LA DICTADURA  
CÍVICO MILITAR EN CHILE (1973-1990)**

**THE VIOLATION OF HUMAN RIGHTS AGAINST THE FARMERS  
COOPERATIVE MOVEMENT IN THE ARAUCANÍA DURING THE CIVIL  
MILITARY DICTATORSHIP IN CHILE (1973-1990)**

Gonzalo Alexis Padilla Vilches  
*Universidad de la Frontera*

**Resumen:** Este trabajo explora el debilitamiento y la pérdida de autonomía del Movimiento Cooperativo Campesino en la región de La Araucanía causados por las violaciones a los Derechos Humanos en su contra durante la dictadura cívico militar chilena (1973-1990).

**Palabras clave:** Cooperativismo, Dictadura, Derechos Humanos, Crisis.

**Abstract:** This work explores the weakening and loss of autonomy Farmers Cooperative Movement in Araucanía caused by the Human Rights Violations against Chilean During the civil-military dictatorship (1973-1990).

**Keywords:** Cooperativism, Dictatorship, Human Rights, Crisis.

## **1. Introducción**

Entre los años 1973 y 1990, el movimiento cooperativo campesino chileno experimentó una fase recesiva que afectó con particular fuerza a La Araucanía. Este trabajo aborda el efecto de las violaciones de los derechos humanos en ese proceso. Resulta importante destacar que los resultados que se presentan a continuación son parte del proyecto de tesis de magister del autor, aun en elaboración, por lo tanto, son preliminares.

El documento se divide en tres secciones: La primera, titulada: “A modo de introducción”, que aborda algunos elementos claves de la historia del cooperativo campesino en Chile y en la Araucanía. La segunda: “Miedo, inseguridad y cooperativismo”, da cuenta de los efectos de las violaciones a los Derechos Humanos en el cooperativo campesino de la Araucanía. Y, finalmente, la tercera: “Autonomía frustrada y cooperativismo”, que reflexiona sobre cómo la violencia del Estado instrumentalizada como política pública ayudó a bloquear el nacimiento de un cooperativismo autónomo hasta nuestros días.

## 2. A modo de Introducción

### 2.1 El cooperativismo campesino en Chile

En Chile, el cooperativismo relacionado con el agro data de principios del siglo XX y puede clasificarse en dos grupos: las Cooperativas de tipo agrícolas, controladas por grandes agricultores y las Cooperativas de tipo campesinas, compuestas, sobre todo, por pequeños y medianos productores, trabajadores agrícolas, Mapuches y campesinos<sup>1</sup>.

Desde sus orígenes -a principios del siglo XX- hasta mediados de la década de 1950, las cooperativas de tipo campesinas experimentaron un crecimiento lento pero progresivo. La literatura sobre el periodo es escasa y no muestra la existencia de un “movimiento” con identidad y agenda propia. Lo que se observa, muestra discusiones en varios círculos políticos sobre cooperativismo para campesinos, la presencia de unidades aisladas, ambigüedad doctrinaria y un férreo control ejercido por sectores terratenientes y por el Estado<sup>2</sup>.

Desde la segunda mitad de la década de 1950 el escenario cambió, nuevos actores, modificaciones en el clima político nacional e internacional y una intervención más decidida del Estado en el espacio rural, generaron las condiciones necesarias para el desarrollo del sector.

Entre los años 1960 y 1973, aumentó la importancia del cooperativismo en el debate sobre el futuro del mundo rural, se legalizaron las Cooperativas Campesinas, se crearon las Cooperativas de Reforma Agraria y se incluyó al cooperativismo campesino en los planes oficiales de gobierno. Como resultado el número de cooperativas creció sustancialmente en todo el país<sup>3</sup>.

Estos fenómenos permitieron el nacimiento de un movimiento cooperativo campesino integrado por sectores de la iglesia católica, centros de investigación, apoyo y capacitación como el Instituto de Promoción Agraria (INPROA) o el Instituto de Estudios Rurales (IER), federaciones regionales, la Confederación Nacional de Cooperativas

---

1 Gross, Alberto. *El cooperativismo en Chile*. Santiago de Chile: Ediciones ICECOOP. s/f. p.17. Williamson, Guillermo. *El movimiento Cooperativo Campesino Chileno*. Temuco: Ediciones Universidad de la Frontera, 1994, p.40.

2 Aguirre Cerda, Pedro. *El Problema Agrario*. Paris: L'Édition, Paris, 1929, p.430; Gross, Alberto. *El cooperativismo...* p.17; Martí, Juan. "Notas para la construcción de una Historia del cooperativismo en América Latina". En Albuquerque, Pablo (com). "Economía social y solidaria. Praxis, vivencias e intenciones". Argentina: Ediciones del Revés, 2014, pp. 89-120. p.105; Williamson, Guillermo. *El movimiento...* p.13.

3 Williamson, Guillermo. *El movimiento...* p.69.

Campesinas (CAMPOCOOP), funcionarios estatales y dos tipos de organizaciones de primer grado: las Cooperativas Campesinas y las Cooperativas de Reforma Agraria<sup>4</sup>.

Las primeras, estaban compuestas por pequeños y medianos productores dedicados a la subsistencia, producción y compra-venta de productos agrícolas y se dedicaron a prestar apoyo extra propiedad a las unidades económicas familiares de sus socios<sup>5</sup>. Las segundas, tenían su origen en los predios entregados a través de las expropiaciones de fundos producto de la Reforma Agraria, y estaban formadas por asignatarios seleccionados por el Consejo de la Corporación de la Reforma Agraria (CORA), generalmente inquilinos de los mismos fundos expropiados, y eran unidades productivas de hecho que operaron a través de un régimen colectivo de trabajo y propiedad<sup>6</sup>.

La expansión del movimiento se extendió hasta el golpe cívico-militar del año 1973. El terrorismo de Estado, la instalación de un nuevo modelo económico, la reducción del apoyo estatal, el intento de desarticulación de su red de apoyo y los problemas técnicos-administrativos que arrastraban desde su origen, desencadenaron una aguda crisis sobre el cooperativismo campesino nacional que se tradujo en una desarticulación de una buena parte del sector. Sólo a finales de la década de 1980 y principios de los 90's será posible apreciar un tibio resurgimiento.

## 2.2 El cooperativismo campesino en la Araucanía

La Araucanía, ubicada aproximadamente a 500 kilómetros al sur de Santiago de Chile, se extiende entre los ríos Biobío y Toltén. En términos político administrativos actuales, incluye una porción de la provincia de Arauco y las totalidades de las provincias de Malleco y Cautín. Históricamente este territorio fue habitado y controlados por grupos Mapuche hasta principios de la década de 1880, incorporado forzosamente al Estado

---

4 Timmermann, Freddy. *El Cardenal Silva Henríquez y el Mundo Campesino. Una experiencia de desarrollo y promoción humana*. Santiago: Ediciones Universidad Católica Silva Henríquez, 2008, p. 76. García, C. *Reforma agraria de la iglesia*. INPROA: Santiago de Chile, 1977. En: <<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-9101.html>> [12-07-2016]. p.2. Williamson, Guillermo. *El movimiento...* p. 59.

<sup>5</sup> Williamson, Guillermo. *El movimiento...* p.67.

<sup>6</sup> Orchard Pinto, Jorge. *Formas de adjudicación en las reformas agrarias de: Colombia, Chile, Panamá, Perú y Venezuela. Las empresas comunitarias*. IICA: Bogota, 1973, p. 19.

Chileno a finales del siglo XIX y, a partir de ese momento, poblado por ocupantes chilenos, colonos extranjeros y población Mapuche<sup>7</sup>.

En general, se trata de una región pobre, dependiente casi exclusivamente de una agricultura, ganadería y actividad maderera tradicional, practicada por campesinos que poseían escasas tierras y comunidades Mapuche siempre amenazadas por latifundistas que poco a poco les arrebataron sus tierras. Más que dar cuenta de una comunidad regional, muestra un contexto complejo, marcado por la presencia de varios grupos culturalmente heterogéneos coexistiendo con dificultad. Racismo, clasismo, pobreza y violencia parecen frustrar cualquier intento de construir una identidad regional. Aun así, es posible encontrar relaciones fraternas propias de la coexistencia, el cooperativismo campesino es un ejemplo de ello.

La escasa literatura sobre cooperativismo en la zona durante la primera mitad del siglo XX muestra cooperativas relacionadas con el agro funcionando por lo menos desde la década de 1920, unidades de corta vida creadas a partir de la Ley que Establece las Cooperativas de Pequeños Agricultores del año 1939 y las propuestas que incluyen al cooperativismo como alternativa para solucionar la problemática agrícola, indígena y campesina de la zona<sup>8</sup>.

Desde la década de 1960 hasta principios de los 70's, los mismos agentes que dinamizaron al movimiento a nivel nacional actuaron en la región, logrando resultados similares, y después del golpe cívico militar de septiembre del año 1973 se vio igual o más afectado que en el resto del territorio chileno<sup>9</sup>.

Aunque el cooperativismo campesino regional parece transitar por el mismo camino que en el resto del país, presenta algunas particularidades propias de las dinámicas locales que vale la pena mencionar. La supervivencia de comunidades Mapuche, la

---

7 Gall, Norman. "The Agrarian Revolt In Cautín. Part I: Chile's Mapuches". En *West Coast South América Series*, 1972, Vol. XIX, N°4, p.4.

8 Almonacid, Fabián. *La agricultura del sur de Chile (1910-1960) y la conformación del mercado nacional*. Tesis para optar al grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid. 2005, p. 171, 249 y 375. Foerster, Roelf y Montesinos, Sonia. *Organizaciones, Líderes y Organizaciones y Contiendas Mapuches 1900-1970*. Ediciones CEM: Santiago de Chile, 1983. pp. 166, 220 y 344. Gross, A. *El cooperativismo...* p. 167 y 217. Williamson, Guillermo. *El movimiento...* p.44.

9 Correa, Martín. Yáñez, Nancy y Molina, Raúl. *La Reforma Agraria y las tierras Mapuche, Chile 1962-1975*. LOM ediciones: Santiago de Chile, 2005, p.224. García, C. *Reforma* p.11. Foerster, Roelf y Montesinos, Sonia. *Organizaciones...* p.353. Padilla, Gonzalo. *El cooperativismo campesino y de Reforma Agraria en la Araucanía. 1973-1990. Crisis y desintegración*. En revisión. p.7. Bengoa, José. *Historia de un Conflicto. El Estado y los Mapuches en el siglo XX*. Editorial Planeta: Santiago de Chile, 2002. P. 122.

presencia en la región de descendientes de colonos extranjeros, los rasgos particulares que adquirió la identidad campesina de los ocupantes nacionales que habitan la región, las diferencias entre el modo de producción dominante de la zona central chilena y de la Araucanía, las demandas de restitución de tierra del movimiento Mapuche, los altos grados de violencia observados en la región entre los años 1967 y 1973 por la presencia del Movimiento Campesino Revolucionario (MCR) y la crudeza que mostró la dictadura en la zona, entre otras.

### **3. Miedo, inseguridad y cooperativismo**

A principios de septiembre del año 1973 existían en Chile alrededor de 300 Cooperativas Campesinas y 181 Cooperativas de Reforma Agraria. Para el año 1987 solo quedaban 60 Cooperativas Campesinas y siete de Cooperativas de Reforma Agraria<sup>10</sup>. La Araucanía muestra la misma tendencia<sup>11</sup>. Aunque las causas que explican este proceso son múltiples, esta sección se limitará a analizar sólo el efecto de las violaciones a los Derechos Humanos sobre el sector.

#### **3.1 Miedo**

A partir de septiembre del año 1973 el cooperativismo campesino nacional experimentó la crudeza del golpe cívico-militar. Durante los primeros meses del régimen se traspasó el control oficial de las cooperativas del Ministerio de Economía a los Intendentes y Gobernadores Militares locales. Se prohibió la elección de dirigentes y la realización de asambleas sin autorización oficial, se liquidaron varias cooperativas por razones políticas y se intervinieron 13 cooperativas, incluyendo a CAMPOCOOP<sup>12</sup>.

En la Araucanía, son varias las huellas dejadas por violaciones de Derechos Humanos sobre el movimiento cooperativo campesino. A continuación, entregamos algunos antecedentes documentales representativos recopilados.

---

<sup>10</sup>Aunque existen discrepancias en los datos, la tendencia es clara. En Williamson, Guillermo. *Cooperativismo Campesino Chileno: 1973-1990. Resistencia Democrática, Rearticulación Organizacional y Educación Popular*. En Edición, p.27. Gross, Alberto. *El cooperativismo...*p.43.

<sup>11</sup> Existen registros de más de 30 Cooperativas Campesinas y 17 cooperativas de reforma agraria cerradas durante el periodo. Los datos han sido extraídos desde el Fondo del Ministerio de Agricultura chileno entre 1973 y 1995. Actualmente me encuentro sistematizando la información sobre este punto, lo que me impide entregar una estadística terminada.

<sup>12</sup>“Sólo en los años inmediatos al golpe militar (1974/75) fueron disueltas, por diversos motivos, 69 organizaciones”. En Williamson, Guillermo. *Cooperativismo...* pp.36-37.

Un primer caso es la Cooperativa Campesina El Toqui Ltda, de la provincia de Malleco, intervenida por Bando militar en abril del año 1974 aduciendo a una mala situación financiera<sup>13</sup>. Por desgracia, no conocemos detalles sobre la forma en que se realizó la intervención.

Un segundo caso es la Cooperativa Campesina Valle de Chihuaihue Ltda., de la comuna Ercilla, liquidada por el Bando Militar del Intendente de la provincia de Malleco el año 1973. Según la fuente consultada, esta organización habría tenido participación en el Sindicato de Trabajadores Agrícolas de Collipulli<sup>14</sup>.

Existen antecedentes en la zona sobre un conflicto de tierras entre la comunidad Mapuche de los Lolocos y Silva Correa, dueño del fundo Chihuaihue. El propietario habría usurpado 175 hectáreas a la comunidad, incluido su cementerio. Los comuneros, con el apoyo de otras comunidades indígenas del sector, habrían tomado el predio en dos ocasiones sin éxito. Un Mapuche de apellido Collido, habría muerto baleado por el propietario<sup>15</sup>. Si bien no hemos podido comprobar la conexión entre la cooperativa y las comunidades del sector, resulta altamente probable.

Un tercer caso es la Cooperativa Campesina Amuleain Ltda., de la comuna de Nueva Imperial, provincia de Cautín. Fundada el año 1968, fue liquidada previo Informe de INDAP, el 10 de octubre de 1974 por irregularidades en su funcionamiento administrativo y contable<sup>16</sup>.

Un cuarto caso, es la Cooperativa Regional Campesina Lautaro Ltda. de la comuna de Lumaco, provincia de Malleco. Si bien esta cooperativa fue intervenida y liquidada durante la década de 1980, un documento confidencial de la Secretaria Regional Ministerial

---

<sup>13</sup> Esta cooperativa fue liquidada por decreto del Ministerio de Agricultura un año después. Vicepresidente Ejecutivo de INDAP. Disolución de la Cooperativa Campesina El Toqui. Oficio ORD. N.º 772. Del 21 de marzo de 1975. ARNAD. Fondo del Ministerio de Agricultura. Volumen N.º 1955.

<sup>14</sup> Director INDAP IX región. Informe Cooperativas Campesinas. Departamento de Planificación, ORD N.º 3190, del 17 de septiembre de 1982. ARNAD, Fondo del Ministerio de Agricultura. Volumen N.º 2570.

<sup>15</sup> Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas. Informe de la Comisión de Verdad Histórica Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago de Chile, octubre de 2008, pp. 403-404.

<sup>16</sup> Ministerio de Agricultura de Chile. “Disuelve Cooperativa Campesina “Amuleain Ltda.”, Provincia de Cautín. Decreto N.º 42 del 10 de octubre de 1974. En ARNAD, Fondo del Ministerio de Agricultura. Volumen N.º 1935.

de Agricultura de la IX Región informa que los dirigentes de la cooperativa fueron detenidos y encarcelados en el año 1973<sup>17</sup>.

Por desgracia, aun no poseemos relatos de la detención de estas personas, o de cualquier otro cooperativista de la región. Aun así, las dinámicas de los arrestos se pueden determinar observando otros casos documentados en la zona.

En el Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas publicado el 17 de febrero del 2001, Pedro Rain, Mapuche de la Comuna de Lumaco, cuenta su detención de la siguiente forma:

“(...) yo estuve en la cárcel en el 73'. Fui detenido el 14 de septiembre, me fueron a buscar a la casa los militares y me tuvieron 18 días en la tortura en Traiguén, en la Fiscalía de Traiguén. (...) en mi caso me dejaron enterrado hasta el cuello y bajo la nuca me colocaron corriente, y me sumieron en un tambor no sé con qué líquido. Y la paliza era siempre a la una de la mañana, nos tiraban el agua y luego nos decían hasta ahí no más, el que se pasaba bala con él<sup>18</sup>”.

Un quinto caso aparece en un informe elaborado por la Iglesia Católica chilena titulado “Donde Están”, que se refiere a la situación de tres cooperativistas vinculadas al mundo campesino que figuran como detenidos desaparecidos. Entre ellos se encuentra el ciudadano francés Etienne Merie Louis Stanislaus Pesle de Menil, identificado como cooperativista y personal de INDAP en la ciudad de Temuco<sup>19</sup>.

Hasta ahora, hemos podido constatar diversas violaciones a los Derechos Humanos contra el movimiento Cooperativo en la Araucanía bajo las formas de intervenciones de cooperativas, liquidaciones arbitrarias de unidades, detenciones, torturas y asesinato de cooperativistas. Estos hechos, amplificadas por el contexto de terrorismo de estado generalizado en todo el país, habrían causado la pérdida de la estructura dirigenal, la reducción en el número de Cooperativas Campesinas y un miedo generalizado.

---

<sup>17</sup>Secretario Regional Ministerial de Agricultura IX Región. Informa sobre Cooperativa Campesina Lautaro de Lumaco. Confidencias N°02. Abril 29 de 1981, Temuco. En ARNAD, Fondo del Ministerio de Agricultura. Volumen N.º 2415.

<sup>18</sup>Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas. Informe de la Comisión de Verdad Histórica Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago de Chile, octubre de 2008, p.412.

<sup>19</sup> Vicaria de la Solidaridad. “Donde Están”. Arzobispado de Santiago, Tomo 5. s/f. p. 867. Williamson, Guillermo. *Cooperativismo...* p. 36.

### 3.2 Inseguridad

El proceso de liquidación forzada de cooperativas se mantuvo constante durante toda la dictadura militar en Chile. Una ordenanza de la Secretaría de Agricultura del 31 de marzo 1976 corrobora el fenómeno. Según el documento, el número de Cooperativas Campesinas en proceso de liquidación y el aumento de casos en el corto plazo hacen necesaria la creación de equipos liquidadores regionales permanentes<sup>20</sup>. Según datos aportados por Williamson, sólo entre los años 1974 y 1980, se disolvieron 86 Cooperativas Campesinas en Chile<sup>21</sup>.

A las liquidaciones forzadas, se sumaron las cooperativas inactivas. Una ordenanza de INDAP de la IX región, con fecha de 17 de septiembre de 1982, adjuntaba un listado que incluía nueve Cooperativas Campesinas de la Araucanía en este estado. El cuadro que se muestra a continuación, muestra las organizaciones inactivas para ese entonces:

**Cuadro 1.**  
**Cooperativas inactivas según informe de INDAP IX Región<sup>22</sup>**

Nombre Cooperativa	Comuna	Año inactividad
Campesina El toqui	Carahue	1974
Campesina Teodoro Schmidt	Teodoro Schmidt	1974
Campesina Quilquilco	Pitrufquén,	1974
Campesina Coigüe	Nueva Imperial	1974
Campesina Coipuco	Nueva Imperial	1975
Campesina Regional el Fuerte	Púren	1979
Campesina San Lorenzo	Cunco	1979
Campesina Codinhue	Vilcún	1980
Campesina Regional Rayen Mapu	Labranza	1981

Al listado anterior, se le agrega la Cooperativa Campesina de producción Vegas de Lessio de la comuna de Loncoche. Esta organización, con problemas administrativo-

<sup>20</sup> Secretario de Agricultura. Constitución de equipos zonales liquidadores de Cooperativas Campesinas. MINAGRI.OF. Ord. N.º 0483, del 31 de marzo de 1976. En ARNAD, Fondo del Ministerio de Agricultura. Volumen N.º 2034.

<sup>21</sup> Williamson, Guillermo. *Cooperativismo...* p. 34

<sup>22</sup> Elaboración propia a partir de Director INDAP IX región. Informe Cooperativas Campesinas. Departamento de Planificación, ORD N.º 3190, del 17 de septiembre de 1982. ARNAD, Fondo del Ministerio de Agricultura. Volumen N.º 2570.

contables según INDAP, acordó su disolución voluntariamente en asamblea general a causa de la salida de varios socios junto con las tierras que habían aportado a la organización. Esto hacía a la cooperativa legal y económicamente inviable.

Tema aparte son las Cooperativas de Reforma Agraria. De los 17 casos que hemos documentado hasta ahora, 14 acordaron su disolución en forma voluntaria y de los 4 restantes no tenemos información. Un ejemplo es la Cooperativa de Reforma Agraria Asignataria Las Hortensias LTDA., de la comuna de Cunco. Esta organización, creada el año 1970 por acuerdo del CORA, fue disuelta el 22 de agosto del año 1979 después de que sus socios lo acordaran voluntariamente el año 1975<sup>23</sup>.

El contexto de violencia política y violación generalizada de los Derechos Humanos en contra de la población rural y del movimiento Cooperativo Campesino regional, sumado a la pérdida del apoyo Estatal, a la política de asignación individual de tierras obtenida vía Reforma Agraria y de liquidación forzada de Cooperativas Campesinas, entre otros procesos, generaron un clima de miedo e inseguridad generalizado en el sector.

En este escenario, ante la opción de perder las tierras, los créditos, el apoyo técnico estatal, y enfrentados a la posibilidad real de ser víctimas directas del terrorismo de Estado, muchas cooperativas simplemente dejaron de funcionar o solicitaron voluntariamente su disolución.

### 3.3 Conclusiones

Se logró establecer dos tipos de la violación a los Derechos Humanos sobre el movimiento cooperativo en la Araucanía: El primero, de carácter inmediato, incluye la pérdida de la libertad de reunión, fundamental para realizar asambleas; el encarcelamiento, tortura y asesinato de socios y dirigentes; y la liquidación forzada y/o intervención de organizaciones cooperativas. En segundo lugar, el miedo e inseguridad causado por el clima explícito de violencia ejercido en contra de gran parte de la población chilena y del movimiento cooperativo campesino regional.

El efecto de estas violaciones a los Derechos Humanos fue el debilitamiento cuantitativo y cualitativo del cooperativismo campesino regional. Se perdieron dirigentes,

---

<sup>23</sup> Ministerio de Agricultura de Chile. "Disuelve La Cooperativa de Reforma Agraria "Las Hortensias Ltda.", de la IX región. Decreto N.º 245 del 22 de agosto de 1979. En ARNAD, Fondo del Ministerio de Agricultura. Volumen N.º 2272.

disminuyó notablemente el número de cooperativas, desaparecieron las cooperativas de Reforma Agraria, y el ambiente de miedo e inseguridad, contribuyó a que muchas Cooperativas Campesinas y de Reforma Agraria se disolverán por iniciativa propia.

Octavio Moran, Socio de la Cooperativa Campesina Mapuche Mariluan Ltda. de la comuna de Victoria, resume los efectos de la dictadura en el cooperativismo de la Araucanía con las siguientes palabras.

“(…) con el 11 de septiembre de 1973 se interrumpe la convivencia democrática del País y se impone un régimen militar que hace cambiar radicalmente las actividades productivas-laborales en nuestros campos con condiciones de represión, asesinato de líderes naturales y dirigentes, espionaje y miserias, temor y otros antivalores que provocan una paralización, una desorganización social en el campo<sup>24</sup>”.

#### **4. Autonomía frustrada y cooperativismo**

La violación sistemática de los Derechos Humanos contra la sociedad chilena en su conjunto entre los años 1973 y 1990 fue fundamental para la instalación del modelo de desarrollo neoliberal. Sin terror no hay neoliberalismo.

Esta transformación configuró un modelo particular de Estado, imposibilitado de intervenir la estructura económica nacional y con la obligación permanente de evitar el aumento de la presión social y política del país.

Su principal preocupación: garantizar el crecimiento económico a través del fomento de un sector privado competitivo que le garantice a la economía nacional un flujo constante y en aumento de divisas.

Las dinámicas de este proceso tenderían a bloquear la entrada en la estructura de agentes políticos y económicos nuevos que pongan en tensión al modelo, ya sea a nivel económico, sujetos poco productivos, o a nivel político, proyectos de transformación social o formas de vida tradicional como la campesina o Mapuche.

Bajo estas reglas, se decidió desarticular al cooperativismo campesino nacional, solucionando de paso dos problemas del régimen:

---

<sup>24</sup> Huenchullán, Manuel. Lagos, Armando. y Williamson, Guillermo (ed). *El cooperativismo Campesino en la IX Región Nuestra Historia*. Ediciones Universidad de la Frontera. Temuco, 1995, p.65.

En primer lugar, la necesidad de eliminar a los sectores de izquierda presentes en el movimiento, y, en segundo lugar, la obligación de abrir espacios en el mundo rural para la entrada de agentes económicos más “modernos”.

El problema de esta política es que los sectores que conformaban al movimiento cooperativo campesino en la Araucanía, campesino y Mapuche, no tenían la intención, o no poseían las herramientas necesarias para modernizarse. Así, en un contexto liberal y con un Estado en retroceso, quedaron a la deriva, obligados a disputar espacio o a pactar en clara desventaja, con empresas neoliberales.

La dictadura militar se dio cuenta de los efectos explosivos de este contexto. Sin un mecanismo liberador de las tensiones sociales, como lo eran las Cooperativas Campesinas, optó por auto-asignarse el papel, entregando a través de INDAP y otros órganos oficiales, los aportes en mercancía y recursos a las familias más pobres del mundo rural. Esta política subsidiaria le permitió disminuir el conflicto social, aumentar su base electoral y disminuir la autonomía política y organizacional de amplios grupos campesinos y Mapuche.

Al finalizar la dictadura, el gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, se enfrentó al mismo problema, y si bien trató de incluir al cooperativismo en sus planes, continuó y expandió notablemente el sistema de subsidios.

Es así como el cooperativismo campesino chileno del siglo XXI terminó atrapado por el modelo neoliberal y por el Estado, siempre condicionado por la acción hegemónica de los partidos políticos o del empresariado, obligándolo a ocupar una posición de segundo orden, limitado a la reducción del conflicto e incapacitado de crecer para disputar áreas de importancia política, social y económica en el País.

### **Referencias Bibliográficas**

- Aguirre Cerda, Pedro. *El Problema Agrario*. Paris: L’Edition, Paris, 1929.
- Almonacid, Fabián. *La agricultura del sur de Chile (1910-1960) y la conformación del mercado nacional*. Tesis para optar al grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid. 2005.
- Bengoá, José. *Historia de un Conflicto. El Estado y los Mapuches en el siglo XX*. Editorial Planeta: Santiago de Chile, 2002.

- Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas. Informe de la Comisión de Verdad Histórica Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago de Chile, octubre de 2008, p.412.
- Correa, Martín. Yáñez, Nancy y Molina, Raúl. *La Reforma Agraria y las tierras Mapuche, Chile, 1962-1975*. Santiago de Chile: LOM ediciones, 2005.
- Director INDAP IX región. Informe Cooperativas Campesinas. Departamento de Planificación, ORD N.º 3190, del 17 de septiembre de 1982. ARNAD, Fondo del Ministerio de Agricultura. Volumen N.º 2570.
- Foerster, Roelf y Montesinos, Sonia. *Organizaciones, Líderes y Organizaciones y Contiendas Mapuches 1900-1970*. Santiago de Chile: Ediciones CEM, 1983.
- Gall, Norman. "The Agrarian Revolt In Cautín. Part I: Chile's Mapuches". *West Coast South América Series*, 1972, 10, 4.
- García, C. "Reforma agraria de la iglesia" [en línea]. *Inproa*, 1977. <<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-9101.html>>[12 de Julio de 2016].
- Gross, Alberto. *El cooperativismo en Chile*. Santiago de Chile: Icecoop, s/f.
- Huenchullán, Manuel. Lagos, Armando. y Williamson, Guillermo (ed.). *El cooperativismo Campesino en la IX Región Nuestra Historia*. Temuco: Universidad de la Frontera, 1995.
- Martí, Juan. "Notas para la construcción de una Historia del cooperativismo en América Latina". En Albuquerque, Pablo (coord.). *Economía social y solidaria. Praxis, vivencias e intenciones*. Argentina: Ediciones del Revés, 2014, p.p. 89-120.
- Ministerio de Agricultura de Chile. "Disuelve Cooperativa Campesina "Amuleain Ltda.", Provincia de Cautín. Decreto N°42 del 10 de octubre de 1974. En En ARNAD, Fondo del Ministerio de Agricultura. Volumen N°1935
- Ministerio de Agricultura de Chile. "Disuelve La Cooperativa de Reforma Agraria "Las Hortensias Ltda.", de la IX región. Decreto N°245 del 22 de agosto de 1979. En ARNAD, Fondo del Ministerio de Agricultura. Volumen N°2272.
- Orchard Pinto, Jorge. *Formas de adjudicación en las reformas agrarias de: Colombia, Chile, Panamá, Perú y Venezuela. Las empresas comunitarias*. Bogota: Ica, 1973.
- Padilla, Gonzalo. *El cooperativismo campesino y de Reforma Agraria en la Araucanía. 1973-1990. Crisis y desintegración*. En revisión.

Secretario de Agricultura. Constitución de equipos zonales liquidadores de Cooperativas Campesinas. MINAGRI.OF. Ord. N°0483, del 31 de marzo de 1976. En ARNAD, Fondo del Ministerio de Agricultura. Volumen N.° 2034.

Secretario Regional Ministerial de Agricultura IX Región. Informa sobre Cooperativa Campesina Lautaro de Lumaco. Confidencias N.° 02. Abril 29 de 1981, Temuco. En ARNAD, Fondo del Ministerio de Agricultura. Volumen N.° 2415.

Timmermann, Freddy. *El Cardenal Silva Henríquez y el Mundo Campesino. Una experiencia de desarrollo y promoción humana*. Santiago: Universidad Católica Silva Henríquez, 2008.

Vicepresidente Ejecutivo de INDAP. Disolución de la Cooperativa Campesina El Toqui. Oficio ORD. N.° 772. Del 21 de marzo de 1975. ARNAD. Fondo del Ministerio de Agricultura. Volumen N.° 1955.

Williamson, Guillermo. *El movimiento Cooperativo Campesino Chileno*. Temuco: Universidad de la Frontera, 1994.

----- *Cooperativismo Campesino Chileno: 1973-1990. Resistencia Democrática, Rearticulación Organizacional y Educación Popular*. En Edición



# EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ARGENTINA POST-DICTATORIAL: ORÍGENES, EVOLUCIÓN Y PROBLEMÁTICAS RECIENTES

## HUMAN RIGHTS DISCOURSE IN POST-DICTATORSHIP ARGENTINA: ORIGINS, DEVELOPMENT AND RECENT PROBLEMS

Ana Bartol Gutiérrez  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** Esta comunicación pretende analizar el discurso de los Derechos Humanos en Argentina tras la última dictadura militar (1976-1983) y cómo este ha evolucionado desde la transición a la democracia hasta la actualidad.

Mediante este análisis se intenta explicar cómo este discurso ha estado ligado desde su surgimiento a la cuestión de las violaciones de derechos humanos (DDHH) que se produjeron durante el llamado Proceso de Reorganización Nacional y cómo este hecho ha condicionado fuertemente su definición. De este modo se aspira a determinar si es posible hablar del discurso de los DDHH en Argentina y, si es así, de qué hablamos cuando nos referimos a este discurso.

Se trata de una cuestión muy interesante y que resulta vital tener presente tanto a la hora de estudiar los DDHH desde el mundo académico y profesional como para una mejor comprensión de la realidad social argentina, en la que aquellos han ocupado y ocupan un lugar central.

**Palabras clave:** Argentina, Derechos Humanos, DDHH, Discurso, Evolución

**Abstract:** This presentation tries to analyze the Human Rights discourse in Argentina after the last military dictatorship (1976 – 1983) and how has it evolved from transition to democracy to our present day.

With this analysis we try to explain how this discourse has been bound, since its origins, to the question of the human rights (HR) violations that took place under the National Reorganization Process. We intend to explain how this fact has strongly affected the definition of the human rights discourse in Argentina. By doing so, we seek to determine if it is possible to speak of a Human Rights discourse in Argentina and, if so, what are we talking about when we evoke this discourse.

It is a very interesting issue, and it is vital to take it into account when we study Human Rights both from the academic and professional worlds, as well as to achieve a better understanding of the Argentinian social context, where those have hold and still held a central role.

**Keywords:** Argentina, Human Rights, HR, Discourse, Evolution

### 1. Introducción

Definir qué son los derechos humanos no ha sido nunca, ni es hoy en día, una tarea fácil. Como se ha hecho patente a través de las diferentes intervenciones en este Congreso, cuando se conmemoran cincuenta años de la firma de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1966) y casi setenta de la firma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), seguimos

encontrándonos ante lo que la profesora Martínez Quinteiro ha denominado “síndrome de la Torre de Babel”<sup>1</sup>, con la existencia de una pluralidad de voces confrontadas que lucha por la hegemonía del discurso. También siguen existiendo importantes debates y tensiones respecto a la universalidad y aplicabilidad de estos derechos pero, a pesar de ello, podemos afirmar que los derechos humanos constituyen hoy en día lo que Lynn Hunt denomina “una verdad evidente”<sup>2</sup>.

El caso argentino no es una excepción a ninguna de estas dos circunstancias. Se trata de un caso paradigmático a escala internacional –de ahí la pertinencia de su estudio- en el que podemos percibir lo que Boaventura Sousa Santos denomina “hegemonía de los Derechos Humanos” en relación al discurso de la dignidad humana<sup>3</sup>. Sin embargo, existen importantes tensiones al interior de este discurso en cuyo análisis vale la pena detenerse.

Este trabajo se propone indagar dichas tensiones y tratar de explicar a qué se deben a través de una revisión histórica de su evolución, desde su surgimiento hasta nuestros días.

## **2. La cuestión de los Derechos Humanos en Argentina**

Como hemos avanzado, Argentina representa un caso paradigmático en cuanto al tratamiento de la cuestión de los derechos humanos. Estos han tenido una gran evolución en las últimas décadas, llegando a convertirse en uno de los aspectos más importantes de su democracia. Pero ¿de qué hablamos exactamente cuando hablamos de derechos humanos en Argentina? ¿Existe un consenso respecto a este discurso?

En los últimos años ha podido constatarse la existencia de numerosas tensiones en torno a este discurso, luchas por la legitimidad de su utilización y discusiones entre los distintos actores sociales respecto a cuál debe ser el papel de cada uno de ellos, tanto a nivel social como político. Se trata de un tema de gran relevancia en la política

---

\* Quiero agradecer a la organización del Congreso el darme la oportunidad de presentar aquí este trabajo, así como al Presidente de la Mesa Prof. Dr.D. Pedro Garrido Rodríguez y a los asistentes a la misma por su atención y sus enriquecedores comentarios.

<sup>1</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup> Esther. "El discurso de los Derechos Humanos en perspectiva histórica. El síndrome de la Torre de Babel". En Pando Ballesteros, M<sup>a</sup> de la Paz; Muñoz Ramírez, Alicia y Garrido Rodríguez, Pedro (eds.). *Pasado y presente de los derechos humanos: mirando al futuro*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2016. pp. 41.

<sup>2</sup> Hunt, Lynn. *La invención de los derechos humanos*. Barcelona: Tusquets, 2009.

<sup>3</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014, p. 23.

argentina actual, que sigue polarizando la esfera pública y en torno al cual surgen frecuentes enfrentamientos.

Un ejemplo de estos enfrentamientos es el analizado por Virginia Vecchioli<sup>4</sup>, quien aborda el caso del Proyecto del Monumento a las Víctimas del Terrorismo de Estado en la Ciudad de Buenos Aires y expone las disputas que surgieron en torno a cómo este debía llevarse a cabo, planteando cuestiones tan importantes como quién puede hablar de los DDHH en Argentina –quién tiene la legitimidad para enarbolar ese discurso y quién no- que amenazan de forma evidente la universalidad del concepto.

Otra de las principales investigadoras en el campo de la Memoria y los derechos humanos en Argentina, Elizabeth Jelin, planteaba hace ya casi diez años los problemas existentes en torno a la cuestión de la legitimidad de la palabra pública derivados de la estrecha relación entre el movimiento de derechos humanos y la matriz familiar a la hora de interpretar la confrontación política en la post-dictadura<sup>5</sup>.

Estos trabajos, así como el conocimiento de la situación política en Argentina, nos llevan a preguntarnos por qué se producen estas tensiones, cuáles son sus causas y cuándo comienzan a producirse. Para tratar de responder a estas cuestiones, exploraremos el surgimiento de los derechos humanos en este país y su evolución en las últimas décadas.

### **3. El origen de los Derechos Humanos en Argentina**

Prestaremos atención a dos cuestiones: su aparición en la jurisprudencia y su aparición en la esfera pública. En el primer caso, señalaremos en qué momento aparecen recogidos por primera vez en los ordenamientos jurídicos argentinos. En el segundo, mucho más complejo, realizaremos un repaso histórico para tratar de situar en qué momento podemos considerar que se convierten en una “verdad evidente”.

El primer texto legal para Argentina en materia de derechos humanos es la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (Bogotá, 1948), seis meses anterior a la Declaración Universal de los Derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) que es habitualmente señalada como documento fundador de los derechos humanos a nivel mundial. Unos años más tarde, en 1956, Argentina ratificó la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio y en 1968

---

<sup>4</sup> Vecchioli, Virginia. “Derechos humanos y violencia política en la Argentina. Disputas en torno a la memoria del pasado reciente”. *AContracorriente*, 2012, vol. 10, n° 1, pp. 249-279.

<sup>5</sup> Jelin, Elizabeth. “Víctimas, familiares y ciudadanos. Las luchas por la legitimidad de la palabra”. *Cuadernos pagu*, 2007, 29, pp. 37-60.

la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial<sup>6</sup>.

Parece innecesario advertir al lector, no obstante, de que el hecho de que se recojan estos derechos en la jurisprudencia no garantiza ni su cumplimiento, ni su aceptación como discurso por parte de la sociedad; aspecto este, que es el que aquí más nos interesa. Como ejemplo de la falta de descrédito de la idea de los derechos humanos en el caso argentino tras estas declaraciones, se puede citar la célebre viñeta del humorista Quino, publicada en 1968, en la que se puede leer:

Enorme casualidad: la Declaración Universal de Derechos humanos fue aprobada en 1948 por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en París, la misma ciudad en que casi tres siglos antes Chales Perrault escribiera Caperucita Roja y otros cuentos también para niños<sup>7</sup>.

Se desprende de esta pieza humorística que los derechos humanos en 1968 eran en Argentina “un cuento”, algo que no sorprende teniendo en cuenta las particularidades de la historia argentina en ese período.

Después, no volvemos a encontrarnos con ningún otro documento en el ordenamiento jurídico hasta la ratificación, tras la dictadura, de los Pactos Internacionales de los que en esta ocasión conmemoramos el cincuentenario y que en Argentina no se ratificaron hasta 1986.

En cuanto al segundo aspecto, para determinar cuándo llega el discurso de los DDHH a la esfera pública, cuándo se empieza a pensar en esta clave, iniciamos a continuación un breve repaso histórico cuyo punto de partida hemos situado en la década de los 1970s, cuando surgen las organizaciones a las que hoy nos referimos como “de derechos humanos”. Para describir brevemente el origen de estas organizaciones hemos tomado como guía la clasificación establecida por Jelin que divide los organismos más importantes en dos grandes grupos: “de afectados” y “de no afectados”<sup>8</sup>. Comenzamos por las segundas, cuya fecha de surgimiento es más temprana.

---

<sup>6</sup> Para más información sobre la legislación argentina en materia de Derechos Humanos puede consultarse el sitio web de la Secretaría de Derechos Humanos: <<http://www.jus.gob.ar/derechoshumanos/los-derechos-humanos/normativa.aspx>> [18 noviembre 2016]

<sup>7</sup> Carassai, Sebastián. “Antes de que anochezca. Derechos Humanos y clases medias en Argentina antes y en los inicios del golpe de Estado de 1976”. *América Latina Hoy*, 2010, 54, p. 71-72.

<sup>8</sup> Jelin, Elizabeth. “La política de la memoria: el movimiento de derechos humanos y la construcción democrática en la Argentina. En AA.VV. *Juicio, castigos y memoria: derechos humanos y justicia en la política argentina*, Buenos Aires: Nueva Visión, 1995, p. 101-146.

La Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) y el Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos (MEDH) surgen en 1975 y 1976 respectivamente, fundamentalmente como respuesta al incremento notable de la violencia que se estaba produciendo en esos años previos al golpe de Estado, pero tenían en su origen objetivos más amplios que la respuesta a la represión<sup>9</sup>. Fue la “situación de urgencia” lo que les llevó a tener que abandonar esos objetivos más amplios de promoción de los derechos humanos para dedicarse por completo al auxilio de las víctimas y sus familiares<sup>10</sup>.

También se vio afectada por esta situación de urgencia la Liga Argentina por los Derechos Humanos, que aunque existía desde 1937 no suele considerarse como organización defensora de los DDHH hasta la dictadura<sup>11</sup>, y el Servicio de Paz y Justicia (1974), de militancia cristiana, que también debieron dejar a un lado sus intereses más amplios.

Más tarde, y gracias a la ayuda de estas primeras<sup>12</sup>, surgen las organizaciones de “afectados” como Familiares de desaparecidos y detenidos por razones políticas (1976), las Madres de Plaza de Mayo (1977) y las Abuelas de Plaza de Mayo (1977). Las tres tienen en común que surgen como respuesta a la represión y tienen como objetivo único y desde el primer momento la lucha por recuperar con vida a sus familiares desaparecidos<sup>13</sup>. No se preocupan, por tanto, de ninguna otra causa ni se consideran a sí mismas, en ese momento, Organizaciones de Derechos Humanos (ODHs)<sup>14</sup>.

Nos encontramos por tanto ante un contexto a partir de los años 1970 en el que ya hay una serie de organizaciones sociales que realizan labores que hoy entendemos como de promoción o protección de los derechos humanos, pero que en ese momento no se ven a sí mismas como defensoras de tales derechos. Esto, que puede resultar sorprendente, se explica por el contexto social en el cual están inmersas dichas organizaciones.

Numerosos trabajos han reflexionado acerca de cómo la sociedad argentina interpretó, en la post-dictadura, lo ocurrido en el período dictatorial y los años previos al

---

<sup>9</sup> Tahir, Nadia. *Argentine: mémoires de la dictature*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2015, p. 33.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 51

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>14</sup> Carassai, Sebastián. “Antes de que anochezca. Derechos Humanos y clases medias en Argentina antes y en los inicios del golpe de Estado de 1976”. *América Latina Hoy*, 2010, 54, p. 94.

golpe de Estado. Se trata de un aspecto tremendamente complejo de la historia reciente argentina y no es posible desarrollarlo aquí con la debida profundidad. Se intentará, humildemente, resumir en las siguientes líneas sus principales características.

Durante la dictadura habría predominado en la sociedad un discurso de los acontecimientos que ha sido denominado “la teoría de los dos demonios”. Esta teoría, cuyos análisis son, como se ha avanzado, complejos, puede resumirse como la visión de que existían dos violencias de signo opuesto enfrentadas entre sí en una lucha de la que se hablaba en términos de guerra. En esta interpretación, ambas violencias se presentaban como equivalentes y la sociedad civil quedaba al margen del enfrentamiento y era representada como una víctima inocente. Sus orígenes se remontan a los años previos al golpe<sup>15</sup> y fue tal su fortalecimiento durante el PRN que llegó a impregnar incluso el discurso de las ODHs en sus primeros años y durante la transición a la democracia, en la que la ‘teoría de los dos demonios’ continuó estando muy presente en la sociedad.

Frente a esta lógica binaria que repartía la culpa entre ambos bandos y justificaba de ese modo las atrocidades cometidas, no fue fácil difundir el discurso de los derechos humanos y lograr su aceptación por parte de una sociedad en la que la teoría de los dos demonios había calado fuertemente. Varios factores han sido destacados como determinantes a la hora de conseguir este último aspecto. Por un lado, la influencia internacional. Esta llegó a Argentina a través de organismos como la Comisión Interamericana o las Naciones Unidas, de los relatores de la Secretaría para Derechos Humanos del gobierno estadounidense y de organizaciones como Amnistía Internacional, así como gracias a la gran movilización que llevaron a cabo los exiliados desde el extranjero durante la dictadura.

Dichos colectivos tuvieron que enfrentar acusaciones “con expresiones tales como *la media memoria, los derechos humanos de los subversivos, los derechos humanos para un solo lado*, entre otros, [y] se trató de deslegitimar su lucha echando un manto de sospecha revanchista sobre el móvil de sus denuncias”<sup>16</sup>, argumentando que existía una “campana anti-argentina” de desprestigio. Según Crenzel, no fue hasta la

---

<sup>15</sup> Tahir, Nadia. *Argentine: mémoires...*, p. 33.

<sup>16</sup> Carassai, Sebastián. “Antes de que anochezca...”, p. 79.

derrota de las Malvinas cuando el mensaje internacional comenzó a recibir atención en la esfera pública<sup>17</sup>.

Además de esta influencia internacional, dos factores internos condicionaron esta lucha discursiva en los primeros años de la democracia: la publicación en 1984 del Informe *Nunca Más*, de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) y el Juicio a las Juntas Militares de 1985. El *Nunca Más*, convertido en Best Seller internacional “derrumbó en la esfera pública el monopolio de la interpretación ejercido hasta este momento por las Fuerzas Armadas sobre los desaparecidos, al comprobar la existencia de un sistema clandestino de alcance nacional, bajo la responsabilidad de las Fuerzas Armadas”<sup>18</sup>.

Junto a él, y a partir de él<sup>19</sup>, el Juicio a las Juntas, que se desarrolló entre el 22 de Abril y el 9 de Diciembre de 1985 también fue clave para el cambio interpretativo. Fue un “hito histórico”, que supuso un antes y un después en la justicia transicional tanto en la región latinoamericana como a nivel mundial<sup>20</sup>. Según Ciancaglini y Granovsky, fue el “hecho de mayor valor institucional” de los que se realizaron respecto de las violaciones de derechos humanos en el pasado dictatorial<sup>21</sup>. Se trató de un evento de amplísimo seguimiento por parte de la sociedad argentina<sup>22</sup>, que “monopolizó la atención política del país durante los cinco meses de testimonio oral, cubriendo las páginas de los periódicos de Buenos Aires a diario”<sup>23</sup>.

Aunque algunos autores han señalado que el Juicio contribuyó al mantenimiento de la teoría de los dos demonios, del visionado de la grabación del

---

<sup>17</sup> Crenzel, Emilio. "Verdad, justicia y memoria. La experiencia argentina ante las violaciones a los derechos humanos de los años setenta revisitada". *Telar*, 2015, 13-14, p. 53.

<sup>18</sup> Crenzel, Emilio. *La historia política del Nunca más: la memoria de las desapariciones en la Argentina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2008. ÍD.: "Verdad, justicia y memoria...", p. 55.

<sup>19</sup> El Informe de la CONADEP constituyó una parte fundamental en la fundamentación del Juicio. Para más sobre esta cuestión puede consultarse Crenzel, Emilio. "Verdad, justicia y memoria...", pp. 50-66.

<sup>20</sup> Entre otros: Berhongaray, Antonio T. *El juicio a las juntas militares: un ejemplo para el mundo*. Santa Rosa, La Pampa: Ediciones Amerindia, 2008, p. 217; Errandonea, Jorge. "El lugar de la violencia pasada en el marco de la transición y consolidación democrática: un análisis comparado de los casos de Argentina y Uruguay". En Baby, Sophie; Compagnon, Olivier y González Calleja, Eduardo. *Violencia y transiciones políticas a finales del siglo XX: Europa del Sur-América Latina*. Madrid: Casa de Velázquez, 2009, p. 31; Gargarella, Roberto; Murillo, María Victoria y Pecheny, Mario. "Introducción: origen y propósitos de este libro". En Gargarella, Roberto *et al.* *Discutir Alfonsín*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2010, p. 13. Jelin, Elizabeth. "The politics of memory. The Human Rights Movement and the construction of Democracy in Argentina". *Latin American Perspectives*, 1994, Vol. 21, N° 2, p. 49; Osiel, Mark. "The Making of human rights policy in Argentina: the impact of ideas and interests on a legal conflict". *Journal of Latin American Studies*, 1986, vol. 18, n° 1, pp. 138-139.

<sup>21</sup> Ciancaglini, Sergio y Granovsky, Martín. *Nada más que la verdad: el juicio a las juntas*. Buenos Aires: Planeta, 1995, p. 8.

<sup>22</sup> Feld, Claudia. *Del estrado a la pantalla: las imágenes del juicio a los ex comandantes en Argentina*. Madrid: Siglo XXI, 2002, p. 27.

<sup>23</sup> Osiel, Mark. "The Making of human rights policy...", p. 136 (mi traducción).

mismo y de su análisis puede extraerse la conclusión de que el Juicio trató de escapar a esa dimensión binaria y que una cantidad considerable de los testimonios contribuyó a desmontar esta teoría<sup>24</sup>. Si bien es cierto que en un primer momento el Juicio fue interpretado con la misma lógica de los dos demonios y de que su sentencia fue fuertemente criticada por las ODHs -que la consideraron insuficiente-, contribuyó a instaurar en la sociedad “la imagen de la Justicia” y demostrar que los actos que atentan contra la dignidad humana no eran justificables.

Y aunque las leyes de Punto Final y Obediencia Debida<sup>25</sup> cerraran la puerta a la realización de más Juicios y a pesar de la anulación de la sentencia que se produciría durante el gobierno de Menem, esta idea de la justicia que el Juicio a las Juntas había ayudado a crear no pudo anularse. Es cuando surge lo que Jelin denomina “dimensión ética”<sup>26</sup>, que podemos considerar como el inicio de una conciencia de derechos humanos en la esfera pública argentina.

#### **4. Evolución del discurso tras la transición**

A partir de la transición, la evolución del discurso estará fuertemente influenciada por los cambios en el gobierno, especialmente durante las presidencias de Carlos Saúl Menem (1989-1999) y Néstor Kirchner (2003-2007). Analizaremos a continuación los cambios que se producen en ambos períodos y que son claves para entender los derechos humanos hoy en Argentina.

Menem llevará a cabo un gran número de políticas de Memoria durante sus dos mandatos presidenciales. Según Solís Delgadillo, aprueba un total de veintiocho entre las dos legislaturas, de las cuales dos son de tipo simbólico, catorce de reparación, nueve de justicia y tres de impunidad<sup>27</sup>. Aunque desde un punto de vista cuantitativo ha sido el presidente argentino que más políticas de memoria ha promulgado, esto no debe

---

<sup>24</sup> Bartol Gutiérrez, Ana. *El Juicio a las Juntas Militares argentinas y el discurso de los Derechos Humanos*, Trabajo de Fin de Máster, Universidad de Salamanca, 2015, p.67.

<sup>25</sup> Las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida fueron sancionadas por el gobierno de Alfonsín el 23 de diciembre de 1986 y el 4 de junio de 1987 respectivamente. En la primera, se establecía un límite de sesenta días para presentar nuevos casos ante la justicia, mientras que la segunda eximía a los acusados de crímenes que hubieran actuado bajo el mando de un superior jerárquico. Para más información pueden consultarse, entre otros: Crawford, Kathryn.Lee. “Due Obedience and the Rights of Victims: Argentina’s Transition to Democracy”. *Human Rights Quarterly*, 1990, vol. 12, n°. 1, pp. 17–52. Y Guber, Rosana. “Las manos de la memoria”, *Desarrollo Económico*, 1996, vol. 36, no. 141, pp. 423-442.

<sup>26</sup> Jelin, Elizabeth. “La política de la memoria: el movimiento de humanos y la construcción democrática en la Argentina. En AA.VV. *Juicio, castigos y memoria humanos y justicia en la política argentina*, Buenos Aires: Nueva Visión, 1995, p. 135.

<sup>27</sup> Solís Delgadillo, Juan Mario. “El peso político del pasado: factores que inciden en la formulación de las políticas de la memoria en Argentina y Chile”. *América Latina Hoy*, 2012, vol. 61, p. 186.

llevarnos a pensar que tuviera una especial sensibilidad por la causa. No solo las leyes de impunidad (como su nombre indica) fueron contra los ideales de Verdad, Justicia y Reparación. Además, este autor señala que Menem “procedió [en las políticas de reparación] con el ánimo de indemnizar cuantiosamente a cambio de clausurar el tema, es decir, a partir de una estrategia que confundía reparaciones con olvido e indultos con perdón”<sup>28</sup>.

Afortunadamente, “ni el indulto ni la amnistía pudieron retrotraer la cuestión de los derechos humanos”<sup>29</sup> que ya estaba instalada en la esfera pública argentina y se mantuvo presente durante las siguientes presidencias y hasta la llegada de Néstor Kirchner al poder en 2003, cuando experimentaron un desarrollo particularmente importante.

Néstor Kirchner convirtió los derechos humanos en su bandera política personal y su presidencia es la más representativa en relación a las políticas hacia el pasado. De ella es imprescindible destacar la derogación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida (Ley 24.952), pero junto a esta medida es importante señalar también que llevó a cabo una política de resignificación destinada a la conformación de una “Historia Oficial” acerca del pasado dictatorial, con la aprobación de un gran número de políticas simbólicas y la utilización de un discurso basado en los derechos humanos que trató de desterrar definitivamente la teoría de los dos demonios<sup>30</sup>.

Uno de los símbolos más representativos de este proceso de resignificación es la célebre modificación del Prólogo del *Nunca Más*. En él se discute la explicación dada sobre el terrorismo de Estado en la CONADEP y se “niega todo vínculo entre la actividad guerrillera y el terror del estado”, negando así la teoría de los dos demonios y su explicación de dos violencias equivalentes enfrentadas. Esta nueva explicación reivindica, además, la figura heroica de los combatientes y deja atrás la idea de la “víctima inocente”

Además –o debido a esto- durante su presidencia se produjo un acercamiento muy estrecho entre las ODHs y el Gobierno, en especial con las Madres de Plaza de Mayo línea fundadora, presidida por Hebe de Bonafini. La colaboración entre las ODHs y el Gobierno argentino, anteriormente enfrentados, dio lugar a la recuperación de

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 194.

<sup>29</sup> Acuña, Carlos H. y Smulovitz, Catalina. “Militares en la transición argentina: del gobierno a la subordinación constitucional”. En AA.VV. *Juicio, Castigos y Memorias. Derechos humanos y justicia en la política argentina*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1995, p. 22

<sup>30</sup> En Crenzel, Emilio. *La historia política del Nunca Más...*, p. 175. Y Fregosi, Renée. “Amérique latine: vivre après une dictature”. *Contreligne*, n° septembre-octobre, 2014, sin paginar.

lugares emblemáticos para la Memoria y a la puesta en marcha de un gran número de medidas que se centraron especialmente en lograr la reparación moral de las víctimas, a las que “se dio voz” y poder de decisión.

Sin embargo, también supuso la identificación del discurso de los derechos humanos con la ideología kirchnerista, hecho que ha sido objeto de críticas, reflexiones y trabajos académicos que han tratado de determinar si este acercamiento fue fruto de la existencia de una confluencia de sentimientos y sensibilidades respecto al pasado, o si se trató en cambio de una relación de interés político que terminó en la cooptación de dicha organización por parte del gobierno. Sea como fuere, lo que es innegable es que esta identificación ideológica del discurso ha tenido y sigue teniendo hoy en día consecuencias muy importantes que afectan a la independencia del discurso de los derechos humanos.

## **5. Conclusiones y desafíos pendientes**

Se ha tratado a lo largo de estas páginas de identificar de qué hablamos cuando hablamos de derechos humanos en Argentina y de explicar por qué se producen las tensiones existentes al interior de este discurso. Se presentan a continuación las conclusiones derivadas de este trabajo.

En primer lugar, parece claro que cuando hablamos de DDHH en Argentina hablamos, casi en exclusiva, de los derechos humanos en relación a la dictadura militar. Esto se debe a la coyuntura en la que los DDHH aparecen en Argentina y a las circunstancias de su evolución en las últimas décadas. Como se ha señalado, la promoción de los derechos humanos desde un punto de vista abstracto universalista se ve truncada por una situación de urgencia que afecta al país y que determina además la creación de una serie de organizaciones de derechos humanos que hemos llamado “de afectados”, cuyos objetivos no son en primera instancia más que aquellos relacionados con el terrorismo de Estado durante ese periodo.

Además, las políticas llevadas a cabo en los últimos años del gobierno de Alfonsín y posterior y especialmente durante las presidencias de Menem imposibilitan la emancipación del discurso de la etapa dictatorial, al hacer imprescindible continuar la lucha por parte de los ODHs frente a la impunidad y el olvido. Con estos precedentes, es comprensible que la llegada al poder de Kirchner como abanderado de los derechos humanos a la Casa Rosada implicara un cambio positivo para el movimiento de DDHH. Sin embargo, y sin dejar de valorar el gran desarrollo de las políticas de Memoria

llevadas a cabo durante su presidencia, la identificación política del discurso de los derechos humanos con el kirchnerismo supone una amenaza para la independencia de aquellos y, más en concreto, de las ODHs.

En segundo lugar, atendiendo a las tensiones al interior del discurso, la conclusión coincide con lo anterior en situar el motivo de su existencia a las circunstancias en que ha evolucionado. En cuanto a la legitimidad de la palabra, el rápido surgimiento de organizaciones de “afectados” como las Madres y las Abuelas de Plaza de Mayo y la fuerza que han alcanzado sus reivindicaciones ha llevado a la aparición de los fenómenos de “familismo” y “maternalismo” que señalaba Jelin, y que por motivos de extensión no han podido evaluarse en esta presentación.

Vale decir, no obstante, que también suponen un riesgo para el concepto universal de derechos humanos al excluir del uso legítimo del discurso de los mismos a aquellos que no tengan un grado de parentesco con las víctimas o cuyas reivindicaciones no encajen en este modelo familiar de promoción de los derechos humanos.

Para terminar, junto al reto pendiente de lograr la independencia de los años de la dictadura militar, el discurso de los derechos humanos se enfrenta también al reto de conseguir mantener su posición en la democracia argentina con la asunción como presidente de Mauricio Macri, de la alianza opositora al peronismo. Incluso antes de su victoria muchos presagiaban cambios en las políticas del gobierno respecto del legado de la dictadura militar y los enfrentamientos entre algunos representantes de las ODHs y el nuevo Gobierno no se han hecho esperar. Aunque aún es pronto para hacer valoraciones, sin duda una nueva etapa se abre para los derechos humanos en Argentina.

### **Referencias Bibliográficas**

- Acuña, Carlos H. y Smulovitz, Catalina. "Militares en la transición argentina: del gobierno a la subordinación constitucional". En AA.VV. *Juicio, castigos y memorias. Derechos humanos y justicia en la política argentina*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1995, pp. 19 - 100.
- Bartol Gutiérrez, Ana. *El Juicio a las Juntas Militares argentinas y el discurso de los derechos humanos*. Trabajo de Fin de Máster. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2015.
- Berhongaray, Antonio T. *El juicio a las juntas militares: un ejemplo para el mundo*. Santa Rosa, La Pampa: Ediciones Amerindia, 2008.

- Carassai, Sebastián. "Antes de que anochezca: Derechos humanos y clases medias en Argentina antes y en los inicios del golpe de Estado de 1976". *América Latina Hoy*, 2010, 54, pp. 69–96.
- Ciancaglini, Sergio y Granovsky, Martín. *Nada más que la verdad: el juicio a las juntas*. Buenos Aires: Planeta. Espejo de la Argentina, 1995.
- Crawford, Kathryn.Lee. "Due Obedience and the Rights of Victims: Argentina's Transition to Democracy". *Human Rights Quarterly*, 1990, vol. 12, n° 1, pp. 17–52.
- Crenzel, Emilio. *La historia política del Nunca más: la memoria de las desapariciones en la Argentina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2008.
- "Verdad, justicia y memoria. La experiencia argentina ante las violaciones a los derechos humanos de los años setenta revisitada". *Revista Telar*, 2015, n° 13-14, pp. 50–66.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá, D.C: Dejusticia, 2014.
- Errandonea, Jorge. "El lugar de la violencia pasada en el marco de la transición y consolidación democrática: un análisis comparado de los casos de Argentina y Uruguay". En Baby, Sophie; Compagnon, Olivier y González Calleja, Eduardo (eds.). *Violencia y transiciones políticas a finales del siglo XX: Europa del Sur-América Latina*. Madrid: Casa de Velázquez, 2009, pp. 29-40.
- Feld, Claudia. *Del estrado a la pantalla: las imágenes del juicio a los ex comandantes en Argentina*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.
- Fregosi, Renée. "Amérique latine: vivre après une dictature". *Contreligne*, 2014, n° septembre-octobre, sin paginar.
- Gargarella, Roberto; Murillo, M<sup>a</sup> Victoria y Pecheny, Mario. "Introducción: origen y propósitos de este libro". En Gargarella, Roberto *et al.* *Discutir Alfonsín*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2010, pp. 13-21.
- Guber, Rosana. "Las manos de la memoria", *Desarrollo Económico*, 1996, vol. 36, no. 141, pp. 423-442.
- Hunt, Lynn. *La invención de los derechos humanos*. Barcelona: Tusquets, 2009.
- Jelin, Elizabeth. "The politics of Memory. The Human Rights Movement and the Construction of Democracy in Argentina". *Latin American Perspectives*, 1994, vol. 21, n° 2, pp. 38-58.

- "La política de la memoria: el movimiento de derechos humanos y la construcción democrática en la Argentina". En AA.VV. *Juicio, castigos y memorias: derechos humanos y justicia en la política argentina*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1995, pp. 101-146.
- "Víctimas, familiares y ciudadanos/as: las luchas por la legitimidad de la palabra". *Cadernos pagu*, 2007, vol. 29, pp. 37-60.
- Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup> Esther. "El discurso de los Derechos Humanos en perspectiva histórica. El síndrome de la Torre de Babel". En Pando Ballesteros, M<sup>a</sup> de la Paz; Muñoz Ramírez, Alicia y Garrido Rodríguez, Pedro (eds.). *Pasado y presente de los derechos humanos: mirando al futuro*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2016, pp. 41-60.
- Osiel, Mark. "The making of human rights policy in Argentina: The impact of ideas and interests on a legal conflict". *Journal of Latin American Studies*, 1986, vol. 18, n° 1, pp. 135-180.
- Solís Delgadillo, Juan Mario. "El peso político del pasado: factores que inciden en la formulación de las políticas de la memoria en Argentina y Chile". *América Latina Hoy*, 2012, vol. 61, pp. 163-206.
- Tahir, Nadia. *Argentine: mémoires de la dictature*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2015.
- Vecchioli, Virginia. "Derechos humanos y violencia política en la Argentina. Disputas en torno a la memoria del pasado político reciente". *A Contracorriente*, 2012, vol. 10, n° 1, pp. 249-279.



# EL PAPEL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA TRANSICIÓN ESPAÑOLA

## THE ROLE OF HUMAN RIGHTS IN THE SPANISH TRANSITION

José J. Jiménez Sánchez  
*Universidad de Granada*

**Resumen:** En estas páginas se trata de averiguar el papel que jugaron los derechos humanos en la transición española. Resulta cuando menos sorprendente que no se celebre el cuadragésimo aniversario de la adhesión de España a los pactos internacionales de derechos humanos de la ONU en su quincuagésimo aniversario. De acuerdo con los documentos más importantes de la transición, se puede apreciar que el reconocimiento de tales derechos supuso un elemento central en la instauración de la democracia en España. La culminación del proceso se encuentra en la plasmación de los derechos y libertades individuales en la Constitución de 1978.

**Palabras clave:** Transición española, Derechos Humanos.

**Abstract:** In these pages we try to find out the role that human rights played in the Spanish transition. It is at least astonishing that the fortieth anniversary of Spain's accession to the UN's international covenants on human rights on its fiftieth anniversary is not celebrated. According to the most important documents of the transition, it can be seen that the recognition of these rights was a central element in the establishment of democracy in Spain. The culmination of the process lies in the realization of individual rights and freedoms in the 1978 Constitution.

**Keywords:** Spanish transition, Human Rights.

Creo que la piedra angular sobre la que, en nuestra transición, se asentó la democracia, consistió, precisamente, en la implantación política y vital de la concordia civil. Y eso debíamos conseguirlo desde el pluralismo que, realmente, se daba entre nosotros. Desde la tolerancia y desde la libertad<sup>1</sup>.

### 1. Introducción

En la *Fenomenología del espíritu*, Hegel califica los tiempos en que se produce una transición (Übergang) hacia una nueva época como aquellos en los que:

el espíritu ha roto con el mundo anterior de su ser allí y de su representación y se dispone a hundir eso en el pasado, entregándose a la tarea de su propia transformación<sup>2</sup>.

Precisamente, el inicio de una nueva época se puede constatar en España en un momento determinado. Se dice que fue con el cambio de presidente de Gobierno,

---

<sup>1</sup> A. Suárez, Discurso Premio Concordia de la Fundación Príncipe de Asturias, 1996.

<sup>2</sup> Hegel, Wilhelm. *Fenomenología del Espíritu*, trad. De W. Roces, México: Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 12.

cuando Arias Navarro fue sustituido por Adolfo Suárez. Es cierto que el nombramiento de un nuevo presidente es quizá el instante en que puede mostrarse con claridad el comienzo de un rumbo distinto en la vida política. Adolfo Suárez suponía frente a Arias, estrictamente vinculado con la etapa anterior, la posibilidad de iniciar ese nuevo tiempo. Sin embargo habría que decir que en realidad la transición comenzó con anterioridad, un mes antes, con el discurso que el Rey pronunció el dos de junio de 1976 ante el Congreso de los Estados Unidos. A partir de ahí se produjeron toda una serie de hechos que culminaron en la celebración, en junio de 1977, de las primeras elecciones democráticas tras la dictadura franquista.

## **2. Las palabras del Rey ante el Congreso de Estados Unidos**

Hace ya más de cuarenta años, el Rey Juan Carlos pronunció unas palabras en el Congreso de los Estados Unidos que no deberíamos olvidar. En ellas hizo dos afirmaciones fundamentales, la primera se refirió al sistema jurídico-político norteamericano, la segunda lo hizo en relación con la situación española. Ambas merecen ser recordadas. Respecto de la primera dijo que la filosofía del orden constitucional americano se inspiraba “en el respeto a la libertad del hombre y a la soberanía del pueblo<sup>3</sup>”.

Justamente los dos principios sobre los que cabe construir una democracia constitucional, el principio de la soberanía popular o voluntad general y el principio de la libertad que hemos de entender como el reconocimiento de los derechos y libertades individuales, tanto civiles como políticos, que son los que permitirán la determinación de la voluntad general mediante el ejercicio de los derechos políticos a través de la regla de la mayoría.

Tal y como las circunstancias requerían, la alusión a nuestro país fue más extensa:

La Monarquía española se ha comprometido desde el primer día a ser una institución abierta en la que todos los ciudadanos tengan un sitio holgado para su participación política sin discriminación de ninguna clase y sin presiones indebidas de grupos sectarios y extremistas. La Corona ampara a la totalidad del pueblo y a cada uno de los ciudadanos, garantizando a través del derecho, y mediante el ejercicio de las libertades civiles, el imperio de la justicia<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> “Palabras de su Majestad el Rey al Congreso de los Estados Unidos de América”, [en línea] en <[www.casareal.es](http://www.casareal.es)> [30 julio 2016].

<sup>4</sup> “Palabras de...”

Donde alude a la necesidad tanto de la participación política, como de las libertades civiles, lo que implica que se haya de reconocer tanto la autonomía pública, como la privada, esto es, los derechos y libertades individuales, civiles y políticos, como algo indispensable para construir una convivencia pacífica y legítima. A continuación, el Rey añadió:

La monarquía hará que, bajo los principios de la democracia, se mantengan en España la paz social y la estabilidad política, a la vez que se asegure el acceso ordenado al poder de las distintas alternativas de gobierno, según los deseos del pueblo libremente expresados<sup>5</sup>.

Con ello, el Rey reconoce que una comunidad política ha de asentarse no sólo sobre el reconocimiento de los derechos civiles y políticos, sino que tal reconocimiento exige, al mismo tiempo, el otro principio, el de la democracia. No pueden entenderse de manera separada, sino que ha de hacerse de manera conjunta. La soberanía popular no es sino una idea de la razón que habría de presidir nuestras acciones políticas, de las de los unos y los otros, una idea abstracta que sólo cabe determinar mediante el ejercicio de los derechos y libertades individuales. Además, este ejercicio sólo puede obtener su justificación en la medida en que sea capaz de mediar con el interés general<sup>6</sup>.

En su discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Política, Marcelino Oreja, entonces subsecretario del ministro de asuntos exteriores, José María de Areilza, relata el magnífico ambiente que rodeó las palabras del Rey:

Durante los meses del ministerio Areilza, el otro gran momento de las relaciones con Estados Unidos es el viaje de los reyes a Washington el 2 de junio de 1976. El punto culminante fue el discurso del Rey en el Congreso. En un Capitolio abarrotado en su gran salón de sesiones, con mucho público en tribunas y escaños, el rey fue recibido con un interés inusitado. Y las palabras del rey fueron recibidas con entusiasmo, sobre todo cuando asumió el compromiso democrático y la alternativa abierta para el turno de poder de los diversos grupos políticos. Al concluir sus palabras, estalló una gran ovación como nos dice el propio Areilza en su *Diario*, 'La Monarquía se ha aceptado ante el foro democrático más importante del mundo con este acto y este discurso'<sup>7</sup>.

En definitiva, el Rey no hizo sino plasmar en sus propias palabras los dos principios que inspiraban e inspiran no sólo el orden jurídico-político norteamericano,

---

<sup>5</sup> "Palabras de..."

<sup>6</sup> Habermas dirá que ambos principios son cooriginales, vid., Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, int. y trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid: Trotta, 1998, pp. 652 y ss.

<sup>7</sup> Oreja Aguirre, Marcelino., *Tres vascos en la política exterior de España*, Madrid: DRACMP, 2001, p. 28.

sino cualquier democracia constitucional: la soberanía popular y el reconocimiento de los derechos y libertades individuales, tanto de carácter civil, como político. Después hubo que hacerlo y, afortunadamente, se hizo.

### 3. Julio de 1976

El día 3 de julio de 1976 y de acuerdo con las atribuciones que poseía, el Rey nombra un nuevo presidente del Gobierno, Adolfo Suárez. Este se dirigió al país el día 6 de julio y anuncia que su Gobierno:

no representa opciones de partido, sino que se constituirá en gestor legítimo para establecer un juego político abierto a todos. La meta última es muy concreta: que los Gobiernos del futuro sean el resultado de la libre voluntad de la mayoría de los españoles<sup>8</sup>.

Al mismo tiempo reconoció su aprecio

por las libertades cívicas y por unos derechos que comienzan en una vida digna, y terminan en la posibilidad de que el pueblo español sea dueño de su propio destino<sup>9</sup>.

De esta manera, Adolfo Suárez enmarca su discurso político, la tarea de su Gobierno, bajo los mismos principios con los que el Rey había iniciado la transición un mes antes. O dicho de otra manera, Suárez reproduce ante el pueblo español lo que el Rey dijo a los representantes del pueblo americano.

No obstante, el documento que deberíamos tener presente es la Declaración Programática del nuevo Gobierno que se hizo pública el día 10 de julio. En ella se dice de manera diáfana que

El Gobierno expresa claramente su convicción de que la soberanía reside en el pueblo y proclama su propósito de trabajar colegiadamente en la instauración de un sistema político democrático, basado en la garantía de los derechos y libertades cívicas, en la igualdad de oportunidades políticas para todos los grupos democráticos y en la aceptación del pluralismo real. Todo ello en un marco de autoridad legítima, respaldada por el consenso popular y el respeto a la ley, propio de un Estado de Derecho<sup>10</sup>.

A. Osorio sostiene con acierto que en esta declaración del Gobierno se defiende “el origen popular de la soberanía, fundamento de todo sistema auténticamente

---

<sup>8</sup> “Mensaje del Presidente del Gobierno, Don Adolfo Suárez González, dirigido al país a través de Radiotelevisión Española, 6-VII-1976, en *Declaración política del nuevo Gobierno*, Ediciones del Movimiento, Madrid, 1976, p. 10.

<sup>9</sup> “Mensaje del Presidente...”, p. 10.

<sup>10</sup> “Declaración Programática del nuevo Gobierno (16-VII-1976) en *Declaración política...*, *op. cit.*, pp. 19-20.

democrático”<sup>11</sup>. Así, el nuevo Gobierno asume con claridad cual habrá de ser su tarea. La cuestión más importante es que ese Gobierno no sólo mostró lucidez, sino también determinación. En un año consiguió la celebración de unas elecciones democráticas, pacíficas y plenamente legítimas.

Tal y como hemos podido ver, el Gobierno se sitúa de manera firme en el proyecto que había dibujado el Rey en Estados Unidos. El discurso de Suárez no poseía la claridad ni la fuerza de la Declaración. En ésta, el Gobierno marca con determinación la dirección que le llevará a desmontar el régimen anterior y su sustitución por uno plenamente democrático.

#### **4. La adhesión de España a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU**

Mientras el Gobierno anda reclamando estudios que acompañen la redacción de la Ley para la Reforma Política, el ministro de asuntos exteriores, Marcelino Oreja, señala en su discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas que

Uno de los capítulos que marcaron la transición fue la política de respeto a los derechos humanos<sup>12</sup>.

No obstante, Oreja fue más allá en el discurso que dirigió el 27 de septiembre de 1976 a la Asamblea General de las Naciones Unidas, porque no se limitó a una defensa de los derechos humanos, sino que la misma la hizo desde el reconocimiento del principio de la soberanía popular. En este sentido, Oreja se mantiene, en coherencia con las acciones del Gobierno a que pertenece, dentro de los principios con los que el Rey marcó las líneas maestras de la transición en su discurso ante el Congreso de los Estados Unidos. Afirma Oreja que sostuvo ante la Asamblea General lo siguiente:

Mi país atraviesa ahora un proceso de transformación de sus estructuras interiores que le conduce, porque ésa es la voluntad del pueblo español, del Gobierno y de la Corona, a la implantación de un sistema democrático, basado en el reconocimiento de la soberanía popular”<sup>13</sup>.

Y añade que:

después de subrayar que los derechos humanos son un factor esencial para el mantenimiento de la paz, anuncié el propósito del Gobierno de firmar, al día siguiente, los Pactos sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Económicos,

---

<sup>11</sup> Osorio, Alfonso. *Trayectoria política de un ministro de la Corona*, Barcelona: Planeta, 1980, p. 149.

<sup>12</sup> Oreja, Marcelino. *Tres vascos...*, *op. cit.*, p.46.

<sup>13</sup> Oreja, Marcelino. *Tres vascos...* p. 61.

Sociales y Culturales, de 1966. Con ese acto –dije- el gobierno español quiere expresar su firme voluntad de hacer del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales fuerza clave de su política interna y externa<sup>14</sup>.

## **5. El primer Gobierno Suárez: de la Ley para la Reforma Política al reconocimiento de los derechos y libertades individuales**

El Gobierno solicitó varios informes en relación con la necesidad de llevar a cabo una transformación del régimen político de acuerdo con los principios repetidos en los diferentes apartados que hemos visto. Entre esos informes habría que destacar el que en agosto de 1976 presentó Carlos Ollero. En ese informe, Ollero sostenía que se trataba de aprovechar los términos literales de la Constitución vigente [leyes fundamentales del régimen franquista] para localizar en ella los preceptos que permitan –al margen de la filosofía y principios políticos que los inform[an]- producir la transformación del sistema actual en un Régimen democrático [... y añadirá,] de lo que se trata es de implantar un orden jurídico-constitucional que contradice el vigente<sup>15</sup>.

Con esa finalidad se aprobó la Ley para La Reforma Política en referéndum celebrado el 15-XII-1976 y se publicó como Ley 1/1977 de 4 de enero. En ella se sostiene en coherencia con las mismas ideas que venimos comentando lo siguiente:

Art. 1. Uno. La democracia, en el Estado español se basa en la supremacía de la ley, expresión de la voluntad soberana del pueblo.

Los derechos fundamentales de la persona son inviolables y vinculan a todos los órganos del Estado.

Dos. La potestad de elaborar y aprobar las leyes reside en las Cortes. El rey sanciona y promulga las leyes. [...]

Art.2. Dos. Los Diputados del Congreso serán elegidos por sufragio universal, directo y secreto de los españoles mayores de edad.

Tres. Los Senadores serán elegidos en representación de las Entidades territoriales. El rey podrá designar para cada legislatura Senadores en número no superior a la quinta parte de los elegidos.

<sup>14</sup> Oreja, Marcelino. *Tres vascos*, pp. 61-62. Los instrumentos de ratificación de los dos pactos fueron remitidos por el presidente del Gobierno al Secretario General el 27 de abril de 1977. Quince días después, el BOE publicó el instrumento de ratificación del Convenio nº 98 de la OIT, relativo a la aplicación de sindicación y negociación colectiva. Al día siguiente lo hizo con el de ratificación del Convenio nº 87 de la OIT relativo a la libertad sindical.

M Oreja afirma en la necrológica que escribió sobre J. A. Carrillo Salcedo, que éste tuvo un papel muy importante en la firma de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos. Vid., Oreja, Marcelino. “Eminente profesor y hombre bueno”, *ABC*, 20-I-2013, p. 65.

<sup>15</sup> Ollero, Carlos. “Informe sobre la Ley para la Reforma Política”, cit. en Osorio, A., *Trayectoria política...*, pp. 359-360.

Esto suponía, en palabras de Landelino Lavilla, el reconocimiento de la soberanía del pueblo y la constitución de unas Cortes bicamerales

con expresa legitimación para abrir un proceso constituyente y celebrar las elecciones por sufragio universal en el primer semestre de 1977, previo reconocimiento de los derechos y libertades, de modo que se asegurara la corrección del proceso y la aceptación, sin controversias, de sus resultados<sup>16</sup>.

Esta exigencia de Lavilla en torno a la necesidad del reconocimiento de los derechos y libertades individuales es lo que hará, después de la adhesión a los pactos internacionales de derechos humanos, el gobierno Suárez durante los primeros seis meses de 1977 como paso previo a la celebración de elecciones. Entre esas medidas habría que recordar aquella en la que se acordó pedir sólo a los partidos políticos su inscripción sin requerir autorización administrativa (8-II-1977); el 1 de abril se aprueba el Decreto ley de libertad de expresión e información; el 9 de abril el Gobierno legaliza al partido comunista y, finalmente, el 15 de junio se celebran las elecciones.

Todo esto supuso en palabras de J. Cercas que podamos considerar que la transición si bien no tuvo

la alegría del derrumbe instantáneo de un régimen de espantos”, es bien cierto que rompió con el régimen anterior, siendo esa “ruptura con el franquismo [...] una ruptura genuina<sup>17</sup>.

Y la razón se encuentra en que el nuevo régimen nada tenía que ver, en el plano de los principios, con el anterior. Precisamente es ahí, en ese territorio, el de los principios, donde se produjo una genuina ruptura. Quizá sea esa la mejor enseñanza de todo el proceso de transformación que supuso la transición, pues mostró que es posible, si hay acuerdo bastante, el cambio de régimen sin necesidad de instalar guillotina alguna.

## 6. Conclusión

Si todo esto que acabo de narrar, se hizo y parece evidente que así sucedió, creo que en la celebración del cincuentenario de los pactos internacionales de derechos humanos de la ONU, deberíamos reservar algún tiempo para conmemorar nuestra incorporación a ellos. Una incorporación que tuvo lugar en el proceso de transformación de un régimen, entonces autoritario y antes dictatorial, en otro plenamente democrático.

---

<sup>16</sup> Lavilla, Luis, “Si yo fuera Presidente”, *ABC*, 25-3-2014, p. 3.

<sup>17</sup> Cercas, Javier. *Anatomía de un instante*, Madrid: Mondadori, 2009, p. 432.

Una democracia constitucional presidida por el respeto a esos derechos humanos que deberíamos preservar con las reformas que fuesen necesarias, pues es lo mejor que nos ha pasado en nuestra historia. Esa experiencia nos ha de servir para entender que los pilares de nuestra Constitución siguen siendo válidos, pues ésta se asienta sobre los principios de la soberanía popular y el reconocimiento de los derechos y libertades individuales. Esos principios habrán de inspirar cuantos cambios tengamos que acometer, pues si no lo hicieran, entraríamos en una desgraciada etapa similar a la que condujo a Roma, de la mano de Nerón, a su autodestrucción, ya que no hay alternativa a los mismos, sólo la completa aniquilación de nuestras instituciones y, en consecuencia, de nuestra convivencia cívica. Por eso deberíamos honrar a quienes la hicieron posible en el reconocimiento de nuestra dignidad.

### Referencias Bibliográficas

- “Palabras de su Majestad el Rey al Congreso de los Estados Unidos de América”, [en línea] en <[www.casareal.es](http://www.casareal.es)> [30 julio 2016].
- Cercas, Javier. *Anatomía de un instante*, Madrid: Mondadori, 2009.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, int. y trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid: Trotta, 1998.
- Hegel, Wilhelm. *Fenomenología del Espíritu*, trad. De W. Roces, México: Fondo de Cultura Económica, 1966.
- Oreja Aguirre, Marcelino. *Tres vascos en la política exterior de España*, Madrid: DRACMP, 2001.
- Oreja, Marcelino. “Eminente profesor y hombre bueno”, *ABC*, 20-I-2013,
- Osorio, Alfonso. *Trayectoria política de un ministro de la Corona*, Barcelona: Planeta, 1980.

# REPRESIÓN EN EL SÁHARA OCCIDENTAL: DERECHOS HUMANOS EN DISPUTA \*

## REPRESSION IN WESTERN SAHARA: HUMAN RIGHTS IN TROUBLE

Santiago Gimeno Pelegay

*Seminario de Investigación para la Paz de Zaragoza*

**Resumen:** El conflicto del Sáhara Occidental tiene su origen en la no realización del derecho a la libre determinación de este pueblo. La ocupación del territorio por parte de Marruecos a partir de 1975 ha provocado la violación de una amplia gama de derechos humanos. Gracias a las estrategias de resistencia de defensores y defensoras saharauis ha sido posible transformar los patrones represivos y conquistar pequeños espacios para el disfrute de libertades. Ese enfoque basado en derechos, que pone en valor al activismo en los territorios ocupados, podría contribuir igualmente a reforzar las estrategias de la población refugiada y al reconocimiento de su titularidad de derechos.

**Palabras clave:** Sáhara Occidental, Marruecos, ONU, MINURSO, Represión, Derechos civiles y políticos, Derechos económicos, sociales y culturales, Defensores y defensoras, Sociedad civil, Población refugiada.

**Abstract:** The Western Sahara conflict began because the not implementation of the right to self-determination of this people. The Moroccan occupation of the territory since 1975 has caused the violation of a full spectrum of human rights. Thanks to the saharawi human rights defender's strategies was possible to transform the repressive patterns and conquer small spaces for the enjoyment of freedoms. This rights-based approach, which values the activism in the occupied territories, could contribute to strengthen the refugee population's strategies and recognize them as rights holders.

**Keywords:** Western Sahara, Morocco, UN, MINURSO, Repression, Civil and political rights, Economic, social and cultural rights, Human rights defender, Civil society, Refugees.

### 1. Autodeterminación: la raíz del problema

El Sáhara Occidental es un territorio situado en el noroeste africano, frente a las Islas Canarias. Históricamente fue una región habitada por tribus nómadas cuya movilidad se extendía sobrepasando las fronteras actuales con Marruecos, Argelia y Mauritania. El reparto colonial derivado de la Conferencia de Berlín de 1884 hizo que España accediera al control de unas fronteras creadas artificialmente. La presencia de tropas se consolidó en ciudades de la costa como la capital, El Aaiún, o Dajla, y en las minas de fosfatos de Bucrá.

Naciones Unidas había apostado por la doctrina de la descolonización apoyada en la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General y numerosos países africanos habían accedido a la independencia durante los años cincuenta y sesenta. A pesar de las

---

\* Esta comunicación ha sido posible gracias al apoyo del SEIPAZ y a todo lo aprendido durante cuatro años de trabajo en CEAS-Sáhara y la Asociación de Amigos/as de la RASD de Álava.

resistencias del régimen franquista, fuertemente vinculado a los territorios de ultramar africanos, finalmente se cedió ante las presiones de la comunidad internacional y se inició el proceso de descolonización del Sáhara Occidental, preparando un censo de votantes para un futuro referéndum de autodeterminación. Desde 1973, además, había surgido un movimiento de liberación nacional formado por jóvenes revolucionarios de inspiración panafricanista y socialista: el Frente POLISARIO. Apoyados por Argelia, habían llevado a cabo algunos ataques armados contra el ocupante español y se habían ganado la simpatía de las diferentes tribus, en lo que sería el inicio de la identidad nacional saharauí.

El vecino del norte, con el ánimo de recuperar lo que sus movimientos nacionalistas llamaban el “Gran Marruecos”, reclamó la soberanía del territorio. Hassan II solicitó un dictamen al Tribunal Internacional de Justicia, por lo que el proceso que había iniciado España para el referéndum quedó paralizado. Finalmente, en una opinión emitida el 16 de octubre de 1975, el Tribunal reconoció el derecho a la libre determinación del pueblo saharauí. En cualquier caso, el contexto de la guerra fría había redefinido la naturaleza de la disputa. Se entendía que la independencia del Sáhara Occidental era un triunfo para el bloque soviético frente a la ocupación por parte de Marruecos, socio occidental. Gracias a la presión de la Marcha Verde, y con una España más preocupada por la muerte de Franco que por sus obligaciones de carácter internacional, se firmaron los Acuerdos Tripartitos de Madrid. España pretendía ceder la administración a Marruecos y Mauritania (que se retiraría de la disputa por derrota militar en 1979), pero dichos acuerdos no son válidos a los ojos de la legalidad internacional<sup>1</sup>.

Se inició la retirada de las tropas españolas, al tiempo que los ejércitos marroquí y mauritano ocupaban el territorio. El Frente POLISARIO comenzó a combatir y a organizar la huida de parte de la población civil hacia la provincia argelina de Tinduf. Tras el alto el fuego de 1991 entre las partes, y a pesar del establecimiento de la Misión de Naciones Unidas para el Referéndum en el Sáhara Occidental, la consulta todavía no se ha realizado.

Más de cuarenta años después, la cuestión del Sáhara Occidental sigue abordándose en las sesiones de la Cuarta Comisión de la Asamblea General de la ONU,

---

<sup>1</sup> Según el Asesor Jurídico del Consejo de Seguridad (S/2002/161): “El Acuerdo de Madrid no transfirió la soberanía sobre el Territorio ni confirió a ninguno de los signatarios la condición de Potencia administradora, condición que España, por sí sola, no podía haber transferido unilateralmente. La transferencia de la autoridad administrativa sobre el Territorio a Marruecos y Mauritania en 1975 no afectó la condición internacional del Sáhara Occidental como Territorio no autónomo”.

encargada de los territorios no autónomos, pendientes de descolonización. España sigue siendo la potencia administradora sin estar presente en el territorio, lo que no debería excusar la asunción de sus obligaciones.

Como sabemos, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecen en su artículo 1 el derecho a la libre determinación de todos los pueblos. En ese sentido, un informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 2006 reconocía que “casi todas las violaciones de los derechos humanos al pueblo del Sáhara Occidental, bajo la autoridad de facto del Gobierno de Marruecos o del Frente POLISARIO, provienen de la no implementación de este derecho humano fundamental”.

## **2. Territorios ocupados, una cronología de violaciones:**

### **2.1 Conflicto armado (1975-1991)**

El despliegue de tropas marroquíes desde noviembre de 1975 supone un ataque directo a la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales que establece la Carta de Naciones Unidas en su artículo 2.4. Las violaciones del Derecho Internacional Humanitario perpetradas por las fuerzas marroquíes durante esta etapa pueden ser consideradas como crímenes de guerra y de lesa humanidad, tal y como defienden los trabajos liderados por Carlos Martín Beristain para el Instituto Hegoa, y como la propia justicia española está investigando<sup>2</sup>. Los bombardeos a la población civil que huía de la ocupación militar han sido documentados en detalle gracias a los testimonios de las personas supervivientes<sup>3</sup>. Lo mismo sucede con los casos de ejecuciones extrajudiciales que las autoridades marroquíes han negado hasta el día de hoy, a pesar de las evidencias rescatadas de fosas comunes en medio del desierto<sup>4</sup>. Tal y como destacué en un estudio anterior, el secuestro fue otro de los instrumentos que permitieron que el miedo se instalara en el territorio.

La desaparición forzada es una práctica especialmente perversa, en la medida en la que además de dejar totalmente aislada y desprotegida a la víctima, destruye el estado

---

<sup>2</sup> La Audiencia Nacional ha procesado a una docena de dirigentes marroquíes, “responsables de genocidio” contra la población saharauí en el período de 1975 a 1991.

<sup>3</sup> Martín Beristain, Carlos y Campo Lladó, Sergio. *Los otros vuelos de la muerte. Bombardeos de población civil en el Sáhara Occidental*. Bilbao: Hegoa y Asoc. de amistad con el pueblo saharauí de Sevilla, 2015.

<sup>4</sup> Martín Beristain, Carlos y Etxeberria, Francisco. *Meheris, la esperanza posible. Fosas comunes y primeros saharauis desaparecidos identificados*. Bilbao: Hegoa y Aranzadi, 2013.

de ánimo de los familiares, que ignoran su paradero durante un largo periodo de tiempo. Indiscriminadamente, miles de personas fueron objeto de desaparición forzada por parte de las fuerzas de seguridad, militares y policiales de Marruecos [...] Basta decir que existen decenas de casos de saharauis que permanecieron en esta situación durante más de quince años, y que centenares, si no miles, sufrieron secuestros temporales más cortos<sup>5</sup>.

A principios de los ochenta esta práctica se volvió más selectiva, y afectó a personas activas a favor de la autodeterminación. En cualquier caso, los patrones represivos que las autoridades marroquíes empleaban en el territorio saharauí no eran muy diferentes de los que usaban contra disidentes dentro de sus propias fronteras. Políticos, sindicalistas y estudiantes de izquierdas que cuestionaban el lema “Dios, Patria y Rey” sufrieron igualmente los llamados “años de plomo”, una etapa oscura y sangrienta protagonizada por Hassan II y su Ministro de Interior, Driss Basri, máximos exponentes del *Majzen*<sup>6</sup>.

Paralelamente, durante la década de los ochenta se construyó un sistema de muros para frenar las internadas del Frente POLISARIO y que definió el reparto del territorio hasta hoy día<sup>7</sup>. Las restricciones que supone este muro para ejercer el derecho a la libre circulación son evidentes y aún hoy esconde millones de minas a ambos lados de sus más de 2.700 kilómetros de longitud. Muchos jóvenes que intentaron atravesarlo durante los ochenta y noventa para escapar a los campamentos de Tinduf, tras ser descubiertos, fueron víctimas de desaparición forzada.

La estrategia para controlar el territorio y a su población fue más allá del despliegue de tropas y fuerzas de seguridad cuya omnipresencia todavía sorprende en la actualidad. Además, se ha establecido una completa administración civil que ha facilitado la incorporación de las “provincias del sur” a la estructura estatal del Reino de Marruecos. Por último, se ha facilitado el desplazamiento de población colona gracias a incentivos y subsidios. Se estima que estas familias, llegadas sobre todo el sur de Marruecos y en su mayoría de clase baja, suponen un 80% de la población total del territorio. Su presencia dificultó el proceso de identificación de votantes de la

---

<sup>5</sup> Gimeno Pelegay, Santiago. *Situación de los derechos civiles y políticos en el Sáhara Occidental*. Zaragoza: SEIPAZ, 2013. p. 11.

<sup>6</sup> Denominación del entramado de poderes fácticos que rodea al rey, formado por miembros de su familia y allegados, terratenientes, hombres de negocios, líderes tribales, altos mandos militares y otras personas influyentes del país.

<sup>7</sup> Las dos terceras partes útiles del oeste (con acceso a fosfatos, recursos pesqueros de la costa y el control de las grandes ciudades) en manos de Marruecos. Al este, los territorios liberados en los que permanece en la actualidad el ejército saharauí.

MINURSO, y plantea un serio condicionante de cara a una hipotética resolución del conflicto.

Como veremos, la discriminación que siente la población saharauí con respecto a la que ha llegado del norte, se manifiesta en la estructura de servicios públicos y el modelo de desarrollo económico de la región. Modelo que por otro lado define el disfrute de derechos como el trabajo, la educación, la salud o el nivel de vida adecuado.

Volviendo a los llamados “años de plomo”, resulta emocionante escuchar las historias de resistencia de las víctimas, que pesar de su situación en centros clandestinos nunca renunciaron a su dignidad como seres humanos. La solidaridad entre esas personas tuvo su reflejo en la acción de las familias, que jamás cesaron en la búsqueda de sus seres queridos.

Las mujeres, que aunque en menor número sufrieron especialmente las consecuencias de la desaparición, fueron capaces de trazar estrategias basadas en el apoyo mutuo y la defensa de la vida. Fueron ellas también quienes no dejaron de preguntar por sus parientes, a pesar del clima de represión que existía. La Asociación de Familiares de Presos y Desaparecidos Saharauis (AFAPREDESA) nació en los campamentos de Tinduf en 1989, un momento en el que organizaciones internacionales empezaron a lanzar campañas de denuncia de las violaciones que estaba cometiendo el Reino de Marruecos. Tal y como recogí en 2013:

Antes de que llegara el definitivo alto el fuego del 6 de septiembre de 1991, se produjo un hecho clave para entender la historia de los derechos humanos en el Sáhara Occidental. Más de 260 personas saharauis desaparecidas, cuya existencia Marruecos siempre había negado, son liberadas el 21 de junio [...] Como consecuencia de la presión internacional generada por todos estos acontecimientos, el Reino de Marruecos también impulsó algunas reformas legislativas y creó organismos específicos para abordar el dossier de los derechos humanos<sup>8</sup>.

## 2.2 “Década reformista” (1991-1999)

El entrecomillado no es casual. Denota una de las características principales que nos permiten entender la lógica con la que actúan las autoridades marroquíes. A pesar de las medidas positivas para la promoción y defensa de los derechos humanos que se tomaron a principios de los noventa<sup>9</sup>, existía la percepción de que muchas

---

<sup>8</sup> Gimeno Pelegay, Santiago. *Situación de los derechos...*, p. 14.

<sup>9</sup> Especial relevancia tuvo la creación de un Consejo Consultivo de Derechos Humanos que ha pasado a llamarse Consejo Nacional de Derechos Humanos. Años después abordará el dossier de la reparación de

iniciativas tenían un sentido estético para la proyección de una imagen democrática del país que en poco se correspondía con la realidad. La “pretendida excepción marroquí” es un concepto que trata de diferenciar al reino *alauí* de sus vecinos regionales, poner en valor su estabilidad política y atraer la confianza de los países occidentales. Incluso durante las revueltas árabes de 2011 ese discurso pareció funcionar. El *soft power* del sistema de derechos humanos de Naciones Unidas puede favorecer esa posición, pero no podemos olvidar la rotundidad de las obligaciones de respetar y proteger que Marruecos ha adquirido al ratificar diversos tratados internacionales<sup>10</sup>. Tampoco las responsabilidades de otros actores como España o la comunidad internacional en su conjunto.

La presencia onusiana desde 1992 abría una esperanza para el ejercicio de ciertos derechos, algo impensable durante los “años de plomo”. No fue así, ya que en los primeros meses se intentaron organizar manifestaciones frente a sus instalaciones, pero la policía siguió reprimiendo con dureza ante la inoperancia de los cascos azules, sin competencias explícitas en la vigilancia y supervisión de los derechos humanos en el Sáhara Occidental.

Durante los años noventa no se producían secuestros de años, sino de meses o semanas, y las condiciones de aislamiento no eran tan extremas, pero seguíamos asistiendo al empleo de la desaparición forzada. El permanecer fuera del control de la ley permitía poner en práctica métodos de tortura que han seguido apareciendo en los testimonios de miles de víctimas de detenciones arbitrarias en las décadas posteriores. Ataduras de piernas y manos y ojos vendados, colgamientos y suspensión en posturas extremas, asfixias, uso de agua congelada, orina, lejía y otros productos tóxicos, golpes en cualquier parte del cuerpo, descargas eléctricas, desnudos forzados, privación del sueño, la alimentación, y el abrigo, temperaturas extremas, hacinamiento y falta de higiene son algunas de las técnicas empleadas. La especial situación de desprotección que han sufrido las mujeres y el uso de la violencia sexual (también ellos la han sufrido), ha tenido un impacto demoledor en un contexto cultural, social y religioso propicio para la creación de estigmas.

A mediados de los noventa, organizaciones internacionales comienzan a asistir a juicios, en los que personas que han participado en acciones a favor de la autodeterminación, tras haber sido sometidas a algunos meses de desaparición, son

---

las víctimas a través de la IER. Sus delegaciones en El Aaiún y Dajla han impulsado en los últimos años algunas medidas para la promoción de los derechos humanos en el territorio.

<sup>10</sup> El Reino de Marruecos ratificó en 1979 tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

acusadas de amenaza contra la seguridad exterior del Estado. Esa atención fue generada por algunas personas del grupo que fue liberado en 1991. Su contacto con organizaciones de derechos humanos y los relatos de todas las atrocidades que habían sufrido supusieron una primera ruptura del bloqueo mediático que se había establecido en el territorio, y el inicio de la observación jurídica internacional. Siguiendo la estela de algunas ex víctimas marroquíes que empezaban a organizarse para reclamar un proceso de reparación por los excesos de los “años de plomo”, en el Sáhara Occidental comenzó a fraguarse un movimiento similar que cobró conciencia de su titularidad de derechos.

Cabe destacar que las mujeres participaron proporcionalmente mucho más en estas estrategias, y de una manera cualitativamente diferente, que podríamos entender como una prolongación de sus métodos de resistencia en fases anteriores como víctimas. En los últimos años de vida de Hassan II, el Estado marroquí empezó a valorar la posibilidad de compensar a algunas víctimas, pero no de acuerdo a los estándares internacionales de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

A pesar de los Acuerdos de Houston de 1997 que pretendían relanzar la organización del referéndum, la negativa marroquí apoyada por sus aliados en el Consejo de Seguridad empezaba a imponerse y a bloquear el proceso.

### **2.3 Mohamed VI (1999- )**

Tras la muerte de Hassan II, un movimiento liderado por estudiantes saharauis puso a prueba el talante democratizador del nuevo Rey. La llamada Intifada de 1999 surgió tras una pequeña acampada que incluía las reivindicaciones de ex trabajadores de las minas de Bucrá, grupos de mujeres, diplomados en paro, personas con diversidad funcional, etc. Pocos días después la sentada fue desalojada con un uso excesivo de la fuerza, dando paso a unas semanas en las que los enfrentamientos en la ciudad eran constantes y muy violentos.

El sentido estratégico que tenía aquel discurso basado en los derechos económicos, sociales y culturales ha sido reconocido por activistas saharauis que protagonizaban esas acciones. Ese envoltorio facilitó que se crearan ciertos espacios de libertad para ejercer, por ejemplo, el derecho a la reunión pacífica. Del mismo modo, las nuevas formas en el manejo del dossier saharauí por parte de las autoridades marroquíes contenían una apuesta, más o menos retórica, por el desarrollo económico de la región. La creación de infraestructuras y de instituciones locales que lideraran ese proceso ponía de manifiesto también la existencia de una élite saharauí cooptada, y el control de

las relaciones tribales como llave para debilitar al activismo por la autodeterminación. Es en esta etapa, entre 2001 y 2003, cuando fracasan los Planes Baker I y II. Dos intentos de encontrar una solución intermedia entre el Plan de Arreglo de 1991 y la intransigencia marroquí. Desde entonces, la opción real de un referéndum cada vez es más lejana.

La creación de la Instancia Equidad y Reconciliación en 2004, una especie de organismo oficial que se encargaría de abordar las demandas de las víctimas de abusos cometidos hasta 1999, venía a consolidar la teoría de la “pretendida excepción marroquí”. Sus resultados fueron limitados, y el hecho de que en ese momento siguieran produciéndose violaciones de derechos humanos ponía en evidencia la actitud ambivalente de las autoridades marroquíes<sup>11</sup>.

La llamada Intifada por la Independencia de 2005 supuso un salto cuantitativo y cualitativo en la estrategia saharauí. Se trataba de manifestaciones en las que participaban más personas de todas las generaciones, en más ciudades del Sáhara Occidental, apoyando la autodeterminación de una manera más explícita, y suscitando una mayor atención del exterior. Esa preocupación por lo que sucedía en el territorio contaba con una nueva herramienta que facilitaba acceso a la información, internet. Pero hay que reconocer el papel de defensores y defensoras que comenzaban a destacar reclamando su derecho de asociación<sup>12</sup>, viajando al exterior para establecer nuevos contactos, e incluso participando como sociedad civil en el sistema de derechos humanos de la ONU. La Intifada fue reprimida fuertemente, con centenares de casos de detenciones arbitrarias, torturas y malos tratos y juicios irregulares. Las penas impuestas a decenas de activistas fueron rebajadas durante el año siguiente gracias a la presión internacional.

Se abría una nueva etapa en la que la lenta conquista de derechos se centró en la batalla por la libre circulación, protagonizada por el Grupo de los 7 y la huelga de hambre de Aminatou Haidar<sup>13</sup>. El nuevo escenario permitió incluso que misiones de

---

<sup>11</sup> Informes al respecto: Amnistía Internacional, 2010; “Broken Promises. The Equity and Reconciliation Commission and its Follow-up”. Human Rights Watch, 2005; “Morocco’s Truth Commission. Honoring Past Victims during an Uncertain Present” (s.d.).

<sup>12</sup> Se han creado colectivos que han existido de manera ilegal, no reconocidos por las autoridades marroquíes, como el Colectivo de Defensores Saharauis, CODESA, o la Asociación Saharauí de Víctimas de grandes violaciones de Derechos Humanos, ASVDH. Esta última ha sido legalizada finalmente durante 2015.

<sup>13</sup> El llamado Grupo de los 7 viajó a los campamentos de Tinduf en 2009, y al regresar a territorios ocupados fue detenido. Tras tres años en los que no se llegó a celebrar juicio, fueron liberados. También en 2009 Aminatou Haidar protagonizó una mediática huelga de hambre en el aeropuerto de Lanzarote tras prohibirle regresar a El Aaiún. Finalmente las autoridades marroquíes cedieron y pudo volver al territorio.

observación extranjeras empezaran a acceder a territorios ocupados con más facilidad que en el pasado, cuando las expulsiones eran habituales.

En ese clima de aumento progresivo de la confianza del activismo del interior, en octubre de 2010 se organizó una gran acampada a las afueras de El Aaiún, en una zona llamada *Gdeim Izik*. Se trataba de una respuesta imaginativa a las dificultades para organizar movilizaciones en las calles de la ciudad, fuertemente controladas por las fuerzas de seguridad. Las reivindicaciones de la protesta, que llegó a congregarse a más de 15.000 personas, también tenían un trasfondo socioeconómico que permitió crear un espacio de negociación con las autoridades marroquíes. Sin embargo, el 8 de noviembre se realizó un violento desalojo que dio paso a unos días de enfrentamientos en la ciudad provocando la muerte de once policías marroquíes y tres civiles saharauis. Se detuvo a más de un centenar de personas, que en muchos casos alegaron haber sufrido torturas y se inició un juicio por la vía militar contra una veintena de activistas a los que se responsabilizó de la revuelta.

En el proceso de renovación del mandato de la MINURSO en 2013, EE.UU. amagó con incluir en su propuesta de borrador de Resolución la inclusión de la vigilancia de los derechos humanos. Finalmente la idea fue desestimada por la presión de Marruecos, que era miembro no permanente del Consejo de Seguridad, y sus aliados, Francia y España. Desde entonces hemos asistido a un tiempo incierto en el que el protagonismo de la estrategia de derechos humanos ha sido desplazado por un intento del Enviado Personal de la ONU de reexaminar el fondo de la cuestión<sup>14</sup>. No ha dado resultados, y además ha desinflado una dinámica que había permitido que cada cinco años se produjeran movilizaciones masivas (Intifadas de 1999 y 2005, y *Gdeim Izik* en 2010), que a pesar de ser duramente reprimidas en un primer momento, arrebataban nuevos espacios de libertad a las autoridades marroquíes.

En los últimos dos años se han experimentado ciertos retrocesos en el Sáhara Occidental. Se han documentado más casos de detenidos que denuncian haber sufrido torturas y malos tratos, dispersión generalizada de manifestaciones mediante un uso excesivo de la fuerza, y la expulsión de docenas de periodistas y misiones de observación extranjeras. Mientras, en Marruecos se ha obstaculizado al trabajo de Amnistía Internacional o Human Rights Watch, y se han producido duros ataques contra la libertad de prensa.

---

<sup>14</sup> Informe del Secretario General sobre la situación relativa al Sáhara Occidental, S/2014/258.

Como hemos defendido, la situación de los derechos económicos, sociales y culturales no puede entenderse de manera ajena a esta realidad. El desarrollo económico de la región sigue siendo una apuesta estratégica en el manejo de conflicto, tal y como evidenció el discurso de Mohamed VI en los actos de celebración del 40º aniversario de la Marcha Verde. Sin embargo, los testimonios recogidos en terreno describen una situación más precaria, en la que la discriminación con respecto a los colonos marroquíes afecta sobre todo a personas activas en favor de la autodeterminación, y que se evidencia en obstáculos para disfrutar de derechos laborales, o dificultades en el ámbito académico. La política de vivienda ha respondido más bien a una estrategia de control demográfico y urbanístico del conflicto que a la satisfacción de ese derecho. Los problemas estructurales en el sistema de salud afectan especialmente a la dimensión materno-infantil, con preocupantes consecuencias en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En hospitales públicos, se denuncia el bajo nivel del personal sanitario, las limitaciones de los recursos materiales, una escasa cobertura, y el uso habitual de sobornos. Muchas especialidades no existen en el territorio, por lo que hay que acudir a ciudades del sur de Marruecos. Estos elementos empujan a la gente a optar por el servicio privado, al igual que ocurre con el sistema educativo, que por cierto no cuenta con ninguna universidad en la región. En contraposición, la inversión en algunas infraestructuras o en el sector del turismo permite proyectar una imagen moderna hacia el exterior. Por último, se presenta lo *hassani*, su lengua, sus ropajes y sus costumbres, como un reclamo, pero siempre asociado a la historia de Marruecos. Una tergiversación de los derechos culturales, según las denuncias de organizaciones saharauis.

Resulta complejo comprender toda esta realidad, sobre la que además siempre planea la alargada sombra del *Majzen* y de las élites locales, que manejan el verdadero poder económico y social. Se ha creado un sistema clientelar paralelo a la administración pública, que impregna incluso los resultados de las elecciones municipales y regionales. De esta forma, se intenta legitimar un sistema de ocupación que provoca la violación de una amplia gama de derechos humanos.

### **3. La población refugiada y su titularidad de derechos**

En la provincia argelina de Tinduf siguen viviendo miles de familias saharauis<sup>15</sup>. Huyeron de la ocupación militar y se establecieron en campamentos al

---

<sup>15</sup> Determinar la cantidad exacta es motivo de debate, ya que afectaría al censo de un hipotético referéndum, y también condiciona los repartos de alimentos y otras ayudas. Oscila entre los 90.000

mismo tiempo que se proclamaba la República Árabe Saharaui Democrática (RASD). Durante la guerra, y en condiciones extremadamente adversas, la estructura de esta entidad estatal quedó en manos de las mujeres y respondió a sus estrategias de defensa de la vida, haciendo posible un mínimo acceso a atención sanitaria, alimentos, agua e incluso educación<sup>16</sup>. Desde finales de los ochenta, la ayuda internacional empieza a llegar de una manera más organizada. A partir de 1991, tras el regreso de los hombres del frente de batalla se apuesta por una economía de mercado en los campamentos. Esta especie de capitalismo en el refugio ha facilitado la aparición de pequeños negocios para el consumo de bienes y servicios, diferentes formas de comercio con el exterior, la relativa mejora de las conexiones entre asentamientos y la irrupción masiva de vehículos. Desde 2003, la constatación de que el referéndum no va a llegar en el corto o medio plazo, ha provocado que las viviendas se construyan con materiales más estables, el acceso a red eléctrica en algunos campamentos, y la instalación de aparatos de aire acondicionado, televisión por cable o incluso internet privado en algunos hogares. La entrada de remesas de miembros en la diáspora (sobre todo en España) y las donaciones directas de familias españolas a las que se ha conocido a través del programa Vacaciones en Paz<sup>17</sup> completan este panorama. Aún así, se ha mantenido una fuerte dependencia de la ayuda internacional, mientras aumentaban las desigualdades entre familias con menos posibilidades y las que han aprovechado las oportunidades del libre mercado. Esto ha generado insatisfacción, una mayor exigencia de transparencia a los gestores de la ayuda humanitaria, y un aumento de la solidaridad dentro de la tribu, en detrimento del proyecto socialista inicial del Frente POLISARIO.

En ese contexto, las aproximaciones al conflicto desde el enfoque de derechos se han centrado en la situación de los territorios ocupados, mientras que en los campamentos se ha mantenido la “emergencia”, el asistencialismo y la cobertura de necesidades básicas como marco de trabajo. A pesar de que se conocen propuestas centradas en el apoyo a las capacidades locales y en la participación de los titulares de derechos<sup>18</sup>, y que con ocasión de la Cumbre Humanitaria Mundial de 2016 se ha apostado por superar las divisiones entre las actividades humanitarias y de desarrollo,

---

habitantes que asumen las agencias humanitarias y los 165.000, cifra que defienden las autoridades argelinas y saharauis.

<sup>16</sup> La Unión Nacional de Mujeres Saharaui jugó un papel clave en ese proceso, tal y como aparece en Juliano, Dolores. *La causa saharauí y las mujeres*. Barcelona: Icaria, 1998.

<sup>17</sup> Programa a través del que niños y niñas saharauis pasan el verano en familias de acogida españolas.

<sup>18</sup> Martín Beristain, Carlos y Lozano, Itziar. *Ni guerra ni paz. Desarrollo en el refugio*. Bilbao: Hegoa, 2002.

pocas ONGs implementan este enfoque. Las dinámicas de dependencia han afectado psicosocialmente a una población estancada en la espera.

Y es que el escenario al que hay que hacer frente en Tinduf es complejo. Las precarias infraestructuras para el reparto de agua no consiguen asegurar los 20 litros por persona y día ni los parámetros de salubridad que recomiendan los estándares internacionales sobre este derecho. A pesar de la presencia del Programa Mundial de Alimentos, el contenido de la llamada “canasta básica” a duras penas supera las 2.100 kilocalorías por persona y día, además de que la variedad de nutrientes casi no ha evolucionado en cuarenta años de refugio. El desierto y las altas temperaturas dificultan cualquier iniciativa agropecuaria. Los altos índices de anemia en mujeres y niños, además de diversas formas de malnutrición y diabetes, siguen estando presentes, lo que también afecta a un disfrute pleno del derecho a la salud. La red de hospitales y dispensarios construidos en los campamentos no es suficiente, y no logra atender a las vulnerabilidades específicas de grupos como las mujeres, los niños, y las personas con diversidad funcional (incluidas personas mayores).

A pesar de un alto índice de alfabetización, la calidad de la enseñanza está condicionada por la falta de recursos, y la escasa oferta de educación secundaria obliga a las familias a recurrir a institutos en Argelia. La población joven, sin embargo, muestra unos niveles formativos relativamente altos gracias a una política de becas universitarias en países como Cuba, y unas capacidades que no pueden ser absorbidas por el limitado sistema económico que hemos descrito anteriormente. La emigración suele ser la única salida para los jóvenes varones que sienten la obligación de sostener el gasto familiar. Las escasas oportunidades de formación y empleo afectan especialmente a las mujeres, que se han visto relegadas a los roles domésticos.

En conexión con esa gama de derechos económicos y sociales, se podría decir que el disfrute de derechos civiles y políticos en los campamentos está al servicio de la unidad nacional y la lucha por la autodeterminación. Existe una constitución, pero su aplicación es parcial hasta el día de la independencia. Así se explica un sistema electoral alejado del multipartidismo, y una clase política que apenas se renueva<sup>19</sup>. Las organizaciones de derechos humanos suelen hacer referencia a abusos realizados en los campamentos contra ciertas formas de disidencia a finales de los ochenta. En los últimos tiempos, han existido algunas protestas relacionadas con casos de corrupción o

---

<sup>19</sup> Mohamed Abdelaziz falleció en mayo de 2016, tras haber sido Secretario General del Frente POLISARIO y Presidente de la RASD durante 40 años. Fue sustituido por Brahim Gali, un histórico fundador del movimiento.

tribalismo. Es la población joven la que mayoritariamente se siente discriminada, y desplazada de los espacios de toma de decisiones. Su apatía y radicalización es la mayor amenaza para la estabilidad de los campamentos hoy en día. Los derechos de las mujeres también se ven afectados tanto por visiones tradicionales de su papel en la sociedad, como por los nuevos cánones femeninos importados de países del golfo a través de la televisión, con un impacto muy negativo en el disfrute de sus derechos sexuales y reproductivos. Al mismo tiempo, la influencia de occidente se ha percibido como una amenaza, lo que está provocando un mayor interés de parte de la sociedad por versiones más conservadoras del islam.

En paralelo, podemos advertir el surgimiento en los últimos diez años de una sociedad civil alternativa a las llamadas organizaciones de masas del POLISARIO<sup>20</sup>. Su influencia todavía es limitada, pero cuenta con cierto margen para canalizar nuevas estrategias para el ejercicio de derechos que deberán tenerse en cuenta. A pesar de descontentos específicos, al menos de cara al exterior la población sigue apoyando al Frente POLISARIO como representante único y legítimo del pueblo saharauí. Lo cierto es que la RASD y su estructura de Ministerios tienen una importancia enorme en la situación de los derechos de la población refugiada. Su titularidad de obligaciones es innegable si se atiende a su pertenencia a una organización regional como la Unión Africana, y a la estrategia de reconocimientos diplomáticos de su Estado. Sin embargo, se suele alegar que la falta de recursos y la dependencia de la ayuda internacional limitan su capacidad para hacer frente a esas obligaciones, especialmente la obligación de realizar derechos económicos y sociales. En ese sentido, la ONU no puede desentenderse de sus obligaciones con respecto a esta población refugiada. La comunidad internacional, y especialmente España, tampoco. Nuestros Gobiernos han excusado su acercamiento a las tesis marroquíes con el argumento de ser uno de los principales donantes para la población refugiada. Tras la crisis, los recortes en Ayuda Oficial al Desarrollo han sido escandalosos, bajando del 0,46% del PIB en 2009, al 0,13% en 2015. Los campamentos, a pesar de mantenerse como zona prioritaria, han sufrido la desaparición de proyectos, sobre todo procedentes de la ayuda descentralizada. Recordamos, por último, que esta población ha sido víctima de bombardeos y de una ocupación militar por parte del Reino de Marruecos, y que la reparación de esos abusos sigue siendo una asignatura pendiente.

---

<sup>20</sup> Además de la UJSARIO (Unión de Jóvenes) la UNMS (Unión de Mujeres) o a la UGTSARIO (Unión de Trabajadores), han surgido grupos y colectivos de jóvenes con nuevos discursos basados en los derechos humanos, la no violencia y la participación comunitaria.

#### 4. Conclusiones

Es evidente que como consecuencia de la no implementación del derecho a la libre determinación del pueblo Sáhara Occidental, se están produciendo una gran cantidad de violaciones de derechos humanos. Olvidar la raíz del problema sería un error, pero centrarse solo en ese derecho colectivo sería negar las opciones reales de mejora en la vida de miles de personas hasta que se produzca la resolución definitiva del conflicto.

El carácter interdependiente e indivisible de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales se demuestra en la cronología que hemos conocido. Por cómo los patrones represivos afectan a ambas categorías, y por cómo son defendidos de una manera integral desde las estrategias de los y las activistas saharauis.

Dichas estrategias han provocado cambios en los tipos de violaciones de derechos humanos de una manera cíclica. Cuanto mayor ha sido la represión, más iniciativas de defensa de derechos se han desplegado por parte del activismo del interior. Y cuanto más se ha profundizado en esas estrategias, mayor ha sido la atención internacional, que a su vez ha obligado a las autoridades marroquíes a rebajar los niveles de represión. Gracias también a la influencia de otros factores de contexto, hemos asistido a una lenta conquista de derechos y libertades que ha permitido que en veinte años (1990-2010) el escenario haya cambiado totalmente. A pesar de los constantes avances y retrocesos, parece posible que la situación en los territorios ocupados siga mejorando en los próximos lustros gracias a esta dinámica.

La nueva etapa va a estar marcada por una serie de cambios en los liderazgos, no solo en el Frente POLISARIO, sino también en la Secretaría General de la ONU, los Gobiernos de España, Estados Unidos, Francia y probablemente Argelia. Resulta improbable que las posiciones de estos titulares de obligaciones vayan a mejorar, preocupados por el terrorismo yihadista y la posibilidad de que la influencia del Estado Islámico se extienda hacia el Sahel. Una baza que Marruecos puede jugar fácilmente a favor de sus intereses.

En los campamentos, mientras tanto, la mayoría de la población joven no sabe cómo canalizar el descontento que le produce la no resolución del conflicto y la imposibilidad de trazar un proyecto vital. Sin embargo, surgen grupos que se organizan ante la falta de oportunidades en un interesante ejercicio de resiliencia colectiva. Del mismo modo, las mujeres reivindican el importante papel que han jugado en la historia del pueblo saharauí, un aumento de su representación en los espacios de toma de decisiones, además de la incorporación de la perspectiva de género al proceso de

construcción de paz<sup>21</sup>. Es necesario cambiar el modelo de asistencia humanitaria reconociendo la titularidad de derechos de la población refugiada, especialmente de jóvenes y mujeres, y acompañar a la incipiente sociedad civil en sus iniciativas.

La apuesta por el enfoque de derechos, entendida de manera integral y a largo plazo, debería ser capaz de transformar este conflicto y ofrecer un escenario en el que su resolución sea finalmente posible. Hasta que llegue ese momento, e incluso posteriormente, esa estrategia abrirá caminos para que las personas, capaces de enfrentar cualquier sistema represivo, defiendan su dignidad.

### Referencias Bibliográficas

- Barreñada Bajo, Isaías y Ojeda García, Raquel (coords.). *Sáhara Occidental, 40 años después*. Madrid: Los libros de la Catarata, 2016.
- Desrues, Thierry y Hernando de Larramendi, Miguel (coords.). *Mohamed VI: Política y cambio social en Marruecos*. Córdoba: Almuzara, 2011.
- Feliú i Martínez, Laura. *El jardín secreto. Defensores de derechos humanos en Marruecos*. Madrid: Los libros de la Catarata, 2004.
- Gimeno Pelegay, Santiago. *Situación de los derechos civiles y políticos en el Sáhara Occidental*. Zaragoza: SEIPAZ, 2013.
- Herz, Manuel (ed.). *From Camp to City. Refugees Camps of the Western Sahara*. Kösel: Lars Müller Publishers, 2013.
- Juliano, Dolores. *La causa saharauí y las mujeres*. Barcelona: Icaria, 1998.
- López García, Bernabé. *Marruecos en trance. Nuevo Rey, nuevo siglo, ¿nuevo régimen?* Madrid: Biblioteca Nueva, 2000.
- Martín Beristain, Carlos y Lozano, Itziar. *Ni guerra ni paz. Desarrollo en el refugio*. Bilbao: Hegoa, 2002.
- Martín Beristain, Carlos y González Hidalgo, Eloísa. *El Oasis de la Memoria: memoria histórica y violaciones de derechos humanos en el Sáhara Occidental*. Bilbao: Hegoa, 2012.
- Martín Beristain, Carlos y Etxeberria, Francisco. *Meheris, la esperanza posible. Fosas comunes y primeros saharauis desaparecidos identificados*. Bilbao: Hegoa y Aranzadi, 2013.

---

<sup>21</sup> Elementos muy presentes en la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de la ONU sobre “mujer, paz y seguridad”.

- Martín Beristain, Carlos y Campo Lladó, Sergio. *Los otros vuelos de la muerte. Bombardeos de población civil en el Sáhara Occidental*. Bilbao: Hegoa y Asoc. de amistad con el pueblo saharauí de Sevilla, 2015.
- Zunes, Stephen y Mundy, Jacob. *Western Sahara. War, Nationalism and Conflict Irresolution*. Nueva York: Syracuse University Press, 2010.

# LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL CONTENCIOSO GIBALTAREÑO EN DETRIMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS (2006-2014)\*

## THE INSTRUMENTALIZATION OF THE DISPUTE ABOUT GIBALTAR TO THE DETRIMENT OF HUMAN RIGHTS (2006-2014)

Miguel Ángel Molinero Pérez  
*Sciences Po Lille, Universidad de Salamanca*

**Resumen:** Las numerosas crisis diplomáticas entre España y Reino Unido a causa del contencioso gibraltarero han tenido consecuencias directas en el Campo de Gibraltar y en el peñón. Durante estas crisis y a lo largo del S.XX, se pueden estar atentando contra la dignidad humana y contra el medio ambiente en una frontera interior de la Unión Europea. Además de ciertas desventajas que conciernen a los trabajadores españoles en Gibraltar, las crisis diplomáticas se convierten en situaciones en las que los partidos políticos sacan un rédito político que no beneficiaría a los habitantes de dicho área. Dicho estudio que aquí se realiza tendrá en cuenta lo sucedido entre 2006 y 2014, es decir, desde la firma de los Acuerdos de Córdoba hasta la vuelta a la calma de la crisis de los bloques de hormigón.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, Derecho al medioambiente, Derecho de los trabajadores, Estrategia política, Contencioso gibraltarero.

**Abstract:** Diplomatic crisis have taken place between Spain and the United Kingdom due to the dispute about Gibraltar. In this sense, human dignity and the right to Environment could be breached both in the area and at the border. All of this is happening in a EU border where Spanish workers are discriminated due to this dispute and political parties could benefit from this situation to the detriment of the local inhabitants. This essay will consider the events which happened from 2006 to 2014, thus, from the Cordoba agreement to the aftermath of the concrete blocks crisis.

**Keywords:** Human Rights, Right to Environment, Right of workers, Political strategy, Gibraltar dispute.

### 1. Introducción

Se llame Mons Calpe o se llame Yabal Tariq, lo cierto es que en 1462 Gibraltar pasa a manos de Castilla y en julio de 1704 una flota anglo-holandesa lo conquistó durante la Guerra de Sucesión (1700-1713). En 1713, Gibraltar se encontraría bajo los británicos según las disposiciones del Tratado de Utrecht. Y aunque Gibraltar fue sitiado en varias ocasiones, en 1705, en 1727 y en 1779 hasta 1783, la bandera que sigue ondeando es la Union Jack.

En 1909, se levantó la verja del lado británico y en 1954 del lado español. Después de la Segunda Guerra Mundial comenzaron los arduos esfuerzos de la diplomacia española en Naciones Unidas para la descolonización de Gibraltar. De

---

\* Este estudio es consecuencia de la presentación como *mémoire* en Sciences Po Lille (Francia). Se agradece a M<sup>a</sup> Paz Pando Ballesteros su invitación a realizar esta comunicación, a los tutores, Iván Llamazares y Vladimir Sierpe, y a familiares y amigos que han ayudado en la versión final.

hecho, de sus resoluciones provienen algunos de los argumentos utilizados por España; en la RS/1514 (XV) de 1960, se establece la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales y en la RS/2070 (XX) de 1965, se invita a negociar el estatus del peñón después de la decisión del Comité de los 24, por la que Gibraltar debía ser descolonizado. Un año más tarde, en la RS/2231 (XXI) de 1966, se repite una vez más la invitación a negociar, y en la RS/2353 (XXII) de 1967, la O.N.U. declara que el referéndum británico en Gibraltar, por el que se vota la permanencia del peñón en Reino Unido, es contrario a las resoluciones mencionadas e insta a ambos países a negociar. En la RS/2429 (XXIII) de 1968, la O.N.U. lamenta el incumplimiento por parte del Reino Unido de las resoluciones e invita a negociar de nuevo. El Ministro de Asuntos Exteriores del momento, Fernando María Castiella, tomó la decisión de cerrar la verja en 1969 tras la celebración del referéndum por el que Gibraltar decidió seguir bajo soberanía británica y dotarse de la “Constitution order” del mismo año. En la RS/3163(XXVIII) de 1973 se reiteran los efectos perjudiciales en la relación entre los dos países, y finalmente en la RS/3286(XXIX) de 1974 la O.N.U. lamenta que las negociaciones no hubieran comenzado todavía.

A finales de los años 60 se daría predilección a la industrialización del Campo de Gibraltar<sup>1</sup>, lo que implicó el establecimiento de industrias pesadas contaminantes como siderurgias, papeleras, centrales térmicas y una refinería. Se debe tener en cuenta también que actualmente, el gran tráfico de buques hace de Gibraltar el mayor abastecedor de combustible del Mar Mediterráneo. En 1980, después de la dictadura franquista en España, la Declaración de Lisboa convenía a Reino Unido y a España a restablecer gradualmente las comunicaciones terrestres. El Gobierno socialista abrió unilateralmente la frontera para los peatones en 1983 y dos años más tarde para el tráfico rodado. A partir de entonces, se plasmaría la puesta en marcha de la Declaración de Lisboa a través de la Declaración de Bruselas (1984) y otras propuestas de ministros de Asuntos Exteriores como la de Morán (1985) la de Matutes (1997), Josep Piqué (2002) o Moratinos (2006).

No debemos olvidar tampoco el estatuto de Gibraltar en la Unión Europea, por el que queda excluido de la unión aduanera, de la Política Comercial Común, de la de Pesca, de la P.A.C., de la armonización del IVA, como también del Espacio Schengen. Todo ello fue negociado a la entrada de Reino Unido en la U.E. en 1973 y sin perjuicio

---

<sup>1</sup> El primer Plan Nacional de Desarrollo fue entre 1964 y 1967, el segundo entre 1968 y 1971, el tercero entre 1972 y 1975 y el cuarto entre 1976 y 1979.

de la pertenencia del peñón a la Unión Europea. También es importante señalar que el contencioso gibraltareño es un tema candente en la actualidad debido a los últimos acontecimientos en la Unión Europea, y en especial al referéndum en Reino Unido, por el que se decidió abandonar la U.E. Sólo recordar al lector que Gibraltar optó por permanecer en la U.E. con el 96% de los votos<sup>2</sup>. Advertimos además que el estudio que aquí se realiza tendrá en cuenta lo sucedido entre 2006 y 2014, es decir, desde la firma de los Acuerdos de Córdoba hasta la vuelta a la calma de la crisis de los bloques de hormigón. Cabe tener en cuenta también que durante este periodo se han realizado cambios de gobierno en los que los puntos de vista han variado.

Entonces, ¿la existencia e instrumentalización de un contencioso como el de Gibraltar puede ir en detrimento de los Derechos Humanos? El objetivo es el de alcanzar inferencias que nos harán concluir en si la situación actual es alarmante desde el punto de vista de los derechos humanos, siempre haciendo hincapié en que no siempre los derechos deben ser reconocidos en papel para que éstos realmente existan y se deban tener en cuenta en un *continuum* histórico que no debe cesar de evolucionar en pro de la dignidad humana y del cumplimiento práctico del derecho en la realidad social. En primer lugar, nos preguntaremos cómo es el marco jurídico en términos laborales para los trabajadores españoles en Gibraltar y el del medioambiente como derecho de tercera generación, y compararlo con la realidad social que se vive. Acabaremos analizando la posición, las estrategias y el rédito político del que los diferentes partidos políticos podrían estarse beneficiando.

## **2. Situación de los trabajadores y de la frontera**

La membresía de España y del Reino Unido en la Unión Europea, y sus virtudes del mercado único, hace que los trabajadores españoles en Gibraltar tengan los derechos que a un trabajador de la U.E. le reconoce. Según dispone el artículo 45.1. TUE, todos los trabajadores en el conjunto de la Unión están en su derecho de responder a ofertas de empleo en otros Estados miembros, de desplazarse y de residir en ellos, tal y como señalen los Reglamentos de la Comisión Europea. Sin embargo, el diferendo que enfrenta a España y Reino Unido a costa de Gibraltar hace que estos trabajadores tengan algunos obstáculos, que pueden revelarse, en tiempos de crisis diplomáticas (o no), bastante difíciles de superar.

---

<sup>2</sup>Reyes, Brian. "Britain votes for Brexit" [en línea]. *Gibraltar Chronicle*, 24 de junio de 2016. <<http://chronicle.gi/2016/06/britain-votes-for-brexit/>> [ 9 septiembre 2016].

## 2.1. Los derechos de los trabajadores en sentido jurídico

El hecho de que Gibraltar tenga un estatus especial dentro de la U.E., hace que España no sólo tenga el derecho a realizar controles aleatorios, legales y proporcionales en la frontera con Gibraltar, sino que también esté obligada, por el derecho comunitario, a realizarlos. Esta situación, junto a la no optimización del espacio en la frontera, los recursos limitados y el tráfico ilícito de tabaco, hace que en ocasiones, inevitablemente, haya retenciones en el paso fronterizo entre la Línea de la Concepción (Cádiz) y Gibraltar; el principal problema surgiría cuando una crisis tiene lugar y se producen largas retenciones.

De la misma manera, el desacuerdo entre España y Reino Unido sobre la existencia, extensión y delimitación de aguas jurisdiccionales británicas en Gibraltar ha levantado ampollas y verdaderas crisis diplomáticas entre los dos países. Autores como Del Valle Gálvez o Inmaculada González García se han preguntado si es posible tal delimitación<sup>3</sup> y por lo tanto, el fin de las controversias que se producen, sobre todo, cuando los pescadores faenan en aguas próximas al peñón. Si bien es cierto que el artículo 45 TUE prohíbe explícitamente toda discriminación por razón de nacionalidad, pueden existir, a nivel de los reglamentos actuales de la U.E. algunas diferencias que merecerían nombrarse, y que marcan la diferencia entre un trabajador fronterizo en el interior de Schengen y un trabajador fronterizo en Gibraltar. En primer lugar, se debe señalar que en el Convenio de Seguridad Social y Protocolo de Asistencia Sanitaria entre España y Reino Unido firmado en 1974 no existe mención alguna a los trabajadores fronterizos ya que la frontera estaba cerrada y el acuerdo, vigente hoy en día, no se ha vuelto a modificar desde aquel año.

De acuerdo con la U.E., un trabajador fronterizo es “toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana”<sup>4</sup>. Aunque los trabajadores españoles en Gibraltar, que en su mayoría proceden del Campo de Gibraltar, cumplen esta definición, lo cierto es que al no haber sancionado Reino Unido o España algunos anexos del Reglamento 883/2004, tales trabajadores estarían menos protegidos que los trabajadores españoles en Francia o Portugal.

---

<sup>3</sup> Del Valle, Alejandro; González, Inmaculada y Verdú, Jesús. “¿Es posible un acuerdo de delimitación de aguas con Gibraltar?”. En Del Valle, Alejandro y González, Inmaculada (eds.). *Gibraltar y el foro tripartito de diálogo*. Madrid: Dykinson, 2009, p. 293.

<sup>4</sup> Definición dada por el Reglamento (CE) N°883/2004

Un ciudadano belga que sea trabajador fronterizo en los Países Bajos, podría elegir en el caso de una incapacidad permanente entre la prestación del país donde reside o del país donde trabaja. Es una diferencia que el trabajador español en Gibraltar no tiene.(...) Lo mismo ocurre con la pensión contributiva de vejez, maternidad y jubilación. En definitiva, se le computaría el tiempo que ha estado trabajando en Países Bajos como si estuviera trabajando en el sistema de Seguridad Social belga<sup>5</sup>.

Por ejemplo, la inclusión de Reino Unido y España en el anexo III del Reglamento 883/2004, establece una “restricción de derechos a las prestaciones en especie para miembros de la familia de un trabajador fronterizo”<sup>6</sup> por la cual las familias de los trabajadores fronterizos trabajando en Gibraltar serían discriminados comparativamente frente a otros trabajadores, ya que sólo se les garantizaría las prestaciones “desde un punto de vista médico”, obviando otras prestaciones como las de maternidad y paternidad. La inclusión de estos países en dicho anexo no sería baladí al darse la casualidad de que la única frontera en común entre España y Reino Unido es Gibraltar. Del mismo modo ocurriría en el Anexo V, donde la inclusión de España, Francia y Portugal pero no la de Reino Unido hace que no se les reconozca a los trabajadores españoles en Gibraltar “derechos adicionales para los antiguos trabajadores fronterizos que regresan al estado miembro donde realizaron anteriormente una actividad como trabajador por cuenta ajena o propia” y que sea España la que tenga que pagar los gastos generados, y no el Estado donde la actividad laboral se ha realizado, es decir, en Gibraltar (art.28.2 del Reglamento 883/2004).

Halladas en derecho estas diferencias, merece la pena estudiar cuáles son las circunstancias de las personas que cruzan la frontera cuando las tensiones entre Reino Unido y España aumentan a causa de Gibraltar.

## **2.2. Situación en el Campo de Gibraltar según los entes locales**

Ahí está habiendo retenciones a trabajadores de pie, de niños, de enfermos, con unas condiciones climatológicas tanto en verano como en invierno, que realmente son inhumanas(...) Nosotros queremos que se controle el tráfico ilícito (...) en una

---

<sup>5</sup> Entrevista telefónica con Inmaculada Ortega, Secretaria General de CC.OO. en el Campo de Gibraltar, el día 30 de agosto de 2016, a las 11.30.

<sup>6</sup> Bases jurídicas en el Reglamento(CE) N° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (y anexos), Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y Reglamento (CEE) N° 1612/1968 del Consejo de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

frontera tan sensible como puede ser la de Gibraltar y España, pero que eso se debe hacer de forma correcta para evitar dañar la situación de las personas que no ilícitan, que son legales, y que hacen las cosas correctamente. (...) “pero retenciones a pie (énfasis), de pie dos horas esperando, ¿cayéndote agua?, ¿niños enfermos? (énfasis), vamos eso no lo podemos consentir”<sup>7</sup>

La sensibilidad respecto a la situación de los derechos humanos es patente en las declaraciones de CC.OO., cuando se han llegado a producir largas retenciones en las aduanas que separan España de Gibraltar. Dichas retenciones de las que habla la portavoz son producto evidente de la “simbiosis” económica y social entre las dos zonas; los estudios e informes redactados por Torremocha y Humanes<sup>8</sup> y por Fletcher<sup>9</sup> son representativos de la interacción entre las dos economías, que se situaría en torno a 420 millones de libras en 2007<sup>10</sup>. Podemos comprender ahora los lazos que unen a las dos comunidades y les impulsan a hacer, en este caso, una presión conjunta formada por asociaciones, sindicatos y patronal.

Los intereses de estos entes locales radican en la normalidad en la frontera entre España y Gibraltar, con el fin de no perjudicar a los trabajadores que la cruzan todos los días, y para que las empresas que se encuentran tanto a un lado como al otro de la frontera no se vean afectadas a causa de los retrasos que provocan las retenciones. No menos importante es el interés de los entes locales “por la mejora y ampliación de las infraestructuras de la frontera, para un mejor tránsito de la población y de las mercancías”<sup>11</sup>.

Las retenciones, según los entes locales, en su mayoría reunidos en el Foro Transfronterizo<sup>12</sup> y los sindicatos arguyen que:

---

<sup>7</sup> Entrevista telefónica con Inmaculada Ortega el 4 de febrero de 2014, segunda parte, minuto 40.50.

<sup>8</sup> Torremocha, Antonio y Humanes, Francisco. *Historia económica del Campo de Gibraltar*. Algeciras: Edad contemporánea, 1989, t.3, pp.243-434.

<sup>9</sup> Fletcher J.; Morakabati, Y.; Blake A., *An economic impact study and analysis of the economies of Gibraltar and the Campo de Gibraltar. Project Report*. Gibraltar: Gibraltar Chamber of Commerce, 2009.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p.5.

<sup>11</sup> Informe “Plataforma POR UNA FRONTERA HUMANITARIA” (La Línea de la Concepción, marzo de 2014), pp.2 y 3.

<sup>12</sup> ASCTEG (Asociación Socio-Cultural de Trabajadores Españoles En Gibraltar) fue creada en 1986 con el fin de velar por los intereses de los trabajadores españoles que trabajan en Gibraltar. Se deben tener en cuenta la existencia de los sindicatos CC.OO. y U.G.T. en la zona. La Plataforma pro-derechos humanos “Por una frontera humanitaria” nace poco después de la crisis que se desencadenó cuando Gibraltar arrojó bloques de hormigón al mar. Ésta cuenta con numerosos integrantes: Ascteg, Unite the Union, Fronterizos, CGT Comarcal, Gibraltareños y Españoles Unidos, Españoles Residentes en Gibraltar, Plataforma Los Parados, Técnicos Sanitarios en Gibraltar, Defenders of Gibraltar, UNA Gib United Nations, VOG, Laguna State & Morrish Castle Club and Tennants Association, SAT y otros.

Las relaciones políticas entre España, Gibraltar y RU se deterioran con respecto de este conflicto y el Gobierno Español recurre a varias medidas para hacer presión a Gibraltar. En medio de toda esta situación estamos nosotros, los usuarios del paso fronterizo. Las víctimas de tantos años de vaivenes siempre somos las mismas: las personas que cruzamos la frontera para acudir a nuestros trabajos, por temas familiares, de ocio, comerciales, por cuestiones médicas, escolares, negocios, culturales, turismo, etc., siendo daños colaterales de un conflicto ya viejo y cuyo fondo oculto es la disputa sobre aguas territoriales y en última instancia la Soberanía.

En estas declaraciones hechas por las entidades locales se entrevé que las largas colas perjudican a la economía que engloba al Campo de Gibraltar y el peñón, pero que también podrían haber tenido consecuencias que atentan contra Derechos Humanos, tales como la dignidad humana, en una frontera que forma parte del territorio de la Unión Europea. La plataforma arguye que los controles podrían estar siendo “premeditados” según su informe, en el que afirma que “la Guardia Civil programa periodos de control exhaustivo de manera extrema”<sup>13</sup>. Estas situaciones, en las que trabajadores fronterizos, familias y turistas se han podido ver envueltos llegaron a preocupar a la Comisión Europea durante la crisis de los bloques de hormigón (verano de 2013), que redactó un informe formulando recomendaciones a ambos Estados miembros<sup>14</sup>.

Por otra parte, no son sólo los trabajadores españoles los que acuden de forma periódica a Gibraltar, sino que tanto pescadores como armadores también han sido el foco de muchos enfrentamientos entre las autoridades españolas y gibraltareñas. El problema para los pescadores surge cuando, en virtud de la ley gibraltareña respecto al medio ambiente de 1991, éstos no podrían faenar en las aguas gibraltareñas (en litigio) con las artes que utilizan los pescadores. Con la llegada de Fabián Picardo al Gobierno de Gibraltar, éste nombró a John Cortes, ecologista y zoólogo, como titular de la cartera de medioambiente de Gibraltar<sup>15</sup>. De hecho, antes de tal crisis, los pescadores ya sostenían que “desde que llegó John Cortes, nada ha sido igual”<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Informe “Plataforma POR UNA FRONTERA HUMANITARIA” (La Línea de la Concepción, marzo de 2014), p.3.

<sup>14</sup> *Informes de la Comisión sobre la situación fronteriza en La Línea (España) y Gibraltar (UK)*. Comunicado de Prensa [en línea]. Bruselas: Comisión Europea, 15 de noviembre de 2013. <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-1086\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1086_es.htm)> [30 agosto 2016].

<sup>15</sup> Sólo presentamos este nombramiento como una posible causa de los enfrentamientos que se han producido entre España y Gibraltar a costa de los bloques de hormigón.

<sup>16</sup> Téllez, Juan José. *Yanitos; Viaje al corazón de Gibraltar (1713-2013)*. Sevilla: Fundación Pública Andaluza Centro de Estudios Andaluces, 2013, p.560.

Cuando en 2012, los pescadores comenzaron a tener problemas nuevamente para pescar en las aguas en litigio a causa del supuesto daño ecológico que producen, éstos han mantenido regularmente que no son el principal foco de daño al medio ambiente, y que esas aguas siempre han sido caladeros aprovechados desde hace mucho tiempo por este colectivo<sup>17</sup>. De la misma manera se expresaba Antonio Muñoz, portavoz de Verdemar, asociación ecologista de la zona, defendiendo que los pescadores “han vivido durante muchos años de una manera sostenible en la zona de La Atunara y toda la bahía de Algeciras”<sup>18</sup>.

Lo que podemos ver a partir de las declaraciones y pruebas de estos representantes es la imposibilidad, durante las numerosas crisis que han tenido lugar a causa del contencioso gibraltareño, de realizar su trabajo cuando las relaciones diplomáticas se tensan<sup>19</sup>, y por lo tanto, la interferencia de los poderes estatales, cuando en realidad la situación en la zona suele ser pacífica. Las declaraciones de Juan Morente, Presidente de la Asociación de Armadores, lo atestiguan, “si yo estoy pescando aquí, viene la lancha, y me dice “oiga usted, está en aguas de Gibraltar, usted no puede pescar aquí”, yo les digo que cuando quite las redes me voy, es una rutina”<sup>20</sup>.

Las circunstancias en las que los trabajadores (como también sus familias y turistas) se encuentran según los entes locales cuando las relaciones diplomáticas empeoran notablemente, nos muestran que el cumplimiento de los derechos humanos es relativo en una frontera que se encuentra dentro de la Unión Europea. De la misma manera, la igualdad no existe en términos comparativos entre trabajadores españoles fronterizos en Francia o Portugal que en Gibraltar. En contraposición, los tratados de cooperación transfronteriza, como el firmado entre España y Francia<sup>21</sup>, donde uno de los ejes prioritarios es la integración de los mercados de trabajo transfronterizos, ha conseguido mejorar las circunstancias económicas y laborales que conciernen a los dos países. Veremos a continuación cuál es la situación en la que el medioambiente se

---

<sup>17</sup> Declaraciones de Juan Morente en la prensa local. Véase: S. a. "Juan Morente, después de la reunión con Fabian Picardo: 'Casi lo mismo, pero mejorando algo'" [en línea]. *lalineadigital.es*, 17 de abril de 2012. <<http://www.lalineadigital.es/2012/04/tras-la-reunion-de-esta-manana-en-gibraltar-morente-casi-lo-mismo-pero-mejorando-algo/>> [3 marzo 2014].

<sup>18</sup> Téllez, Juan José. *Yanitos...*, p.563.

<sup>19</sup> Un ejemplo sería: Romaguera, Cándido. “¿Vienen a pescar o a provocar?” [en línea]. *Elpais.com*, 18 de mayo de 2012. <[http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/05/18/andalucia/1337332249\\_746944.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/05/18/andalucia/1337332249_746944.html)> [25 diciembre 2013].

<sup>20</sup> Entrevista telefónica con Juan Morente el 14 de febrero de 2014, minuto 7.58

<sup>21</sup> Tratado entre el Reino de España y la República Francesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades territoriales, hecho en Bayona el 10 mar. 1995. En el proyecto “CYCLALG” el objetivo sería reforzar la cooperación entre los diferentes actores del territorio a ambos lados de la frontera en materia de I+D+I.

encuentra en nuestro área de estudio y arrojarémos luz sobre su aplicabilidad de este derecho de tercera generación.

### **3. El medioambiente como derecho de tercera generación en el Campo de Gibraltar y el peñón**

El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras<sup>22</sup>.

A través de este articulado podremos analizar la profundidad y aplicabilidad del derecho a un medioambiente adecuado en un área geográfica que ha sufrido indudables cambios a lo largo de la historia, y en especial en la segunda parte del siglo XX.

#### **3.1. La positivización del derecho al medioambiente y sus consecuencias**

Ya desde la década de los años 60 se ha venido trabajando en los derechos implícitos que la Carta de las Naciones Unidas establece. El artículo 33 de la Carta dio lugar a una serie de derechos que se han ido configurando como los derechos de “tercera generación”. En el caso que nos ocupa, el derecho al medioambiente, dependiendo de la doctrina, sería clasificado como derecho de tercera o de cuarta generación. Así pues, en 1972, se celebró la Convención de Naciones Unidas sobre el Medio Humano en Estocolmo. Ésta establece, por primera vez a nivel internacional, el inicio del reconocimiento de este derecho. En 1982, se proclama la Carta Mundial de la Naturaleza y un año después se inicia el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

En 1992, la Declaración de Río proclama los derechos y obligaciones que los Estados deben respetar en referencia al medioambiente. Fue finalmente en 1993, cuando se reconoce que los vertidos ilegales de ciertos componentes o materiales podrían violar derechos como la vida y la salud; “La Conferencia (...) reconoce que el vertimiento ilícito de sustancias y desechos tóxicos y peligrosos puede constituir una amenaza grave para el derecho de todos a la vida y a la salud. Por consiguiente, la Conferencia (...) hace

---

<sup>22</sup> Principio 1 de la Declaración de Estocolmo, Convención de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, 1972.

un llamamiento a todos los Estados para que (...) cooperen en la prevención del vertimiento ilícito”<sup>23</sup>.

En la segunda parte del Proyecto de Principios sobre el medioambiente y derechos humanos, dirigido por la Relatora Especial Mme. Zhora Fatma Ksentini, se observa el derecho de todos los seres humanos a “no ser expuestos a la contaminación y a aquellas actividades que afecten al medio ambiente, amenacen la vida, la salud [o] el bienestar [y a] la protección y conservación del aire, las aguas (...) y procesos esenciales para mantener la diversidad biológica”<sup>24</sup>. A esto, debemos sumarle una de las conclusiones de la Declaración de Bizkaia (1999) en la que los Estados deben evitar usar el medio ambiente causando perjuicios generales o a largo plazo en él y cooperar en su desarrollo.

Si bien es cierto que el reconocimiento al derecho al medioambiente adolece de problemas como el de la soberanía de los Estados, la ausencia de una normativa que jurídicamente sea vinculante (en la Constitución Española se enmarca como principio rector, art.45 CE) y su justiciabilidad, también podemos decir que “mientras se alcanza su juridización total, su exigibilidad en cuanto a norma de derecho positivo, no puede negarse ya hoy su existencia, embrionaria y parcial actualmente, pero sin embargo real, cierta e imprescindible”<sup>25</sup>. Veremos a continuación la aplicabilidad de este derecho en el Campo de Gibraltar y alrededores.

### **3.2. Aplicabilidad del derecho a un medioambiente adecuado en el área de estudio**

Recordando al lector que nuestro periodo de estudio abarca desde el año 2006 al 2014, nuestra intención sería la de mostrar la realidad medioambiental del Campo de Gibraltar y del Peñón a través de los actores locales y de los estudios de los que se hacen eco, con el fin de influir y convencer a las autoridades regionales y nacionales de la situación en la que se encuentran.

En referencia a las consecuencias de los Acuerdos de Córdoba en 2006, el portavoz de AGADEN, Javier Gil, reflexiona de la siguiente manera:

Iba en buen camino, pero bueno de hace dos años para acá, el tema de Gibraltar que siempre ha sido un tema histórico, se ha recurrido puntualmente por parte de los

---

<sup>23</sup> Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 1993.

<sup>24</sup> Franco Del Pozo, Mercedes. *El derecho humano a un medio ambiente adecuado*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2000, p.41.

<sup>25</sup> Gros, H. “Prólogo”. En *Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública - Diputación Foral de Bizkaia - Unesco Etxea, 1999, p.16.

partidos (...) de una y otra índole. Estamos viendo que este punto de encuentro se ha enfriado y actualmente, pues debido a la utilización política del tema de Gibraltar, estamos digámosle, en una parada (...) a nivel institucional que es donde se tiene que abordar, que se tienen que cambiar la legislación española y gibraltareña para que el tema de los vertidos contaminantes vaya a menos, pues actualmente podemos considerar que [las negociaciones sobre medioambiente] han sufrido un retraso y no estamos avanzando significativamente en la mejora del medioambiente de ambos lados de la frontera<sup>26</sup>. Ahora mismo no se habla de medioambiente<sup>27</sup>.

Uno de los objetivos de la asociación ecologista sería el de concienciar a la población, como también el de hacer presión a las autoridades públicas para prohibir determinadamente el “bunkering” o las gasolineras flotantes que se sitúan en la Bahía de Algeciras para suministrar fuel a los barcos que arriban al puerto sin necesidad de atracar. El problema de esta táctica sería que, llegado el caso podría provocar un accidente medioambiental grave que perjudicara tanto a la biosfera como a la economía de la zona. El portavoz de la asociación nos afirma su reivindicación por la “prohibición total y absoluta de los gasolineras flotantes sea de la parte gibraltareña, como de la parte española (...) ya que el día que una gasolinera flotante se vaya contra las costas de la Costa del Sol, pues podemos estar hablando de la ruina económica de un sector económico como es el turismo en la provincia de Cádiz”<sup>28</sup>.

Como hemos avanzado en nuestra introducción, los planes de desarrollo que se llevaron a cabo durante los años 60 y 70 en la zona del Campo de Gibraltar, tuvieron como consecuencia el asentamiento de industrias cuya actividad, en su mayoría, tienen una fuerte relación con la refinería allí instalada. Así pues, varios estudios entrevén que este tipo de industria podría haber provocado que el índice de mortandad a causa de cáncer u otras enfermedades cardiovasculares o respiratorias en el Campo de Gibraltar sea probablemente uno de los más altos<sup>29</sup> de toda España<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Entrevista telefónica con Javier Gil, el 23 de febrero 2014, minuto 3.06.

<sup>27</sup> Entrevista telefónica con Javier Gil, el 23 de febrero 2014, minuto 8.58.

<sup>28</sup> Entrevista telefónica con Javier Gil, el 23 de febrero 2014, minuto 08.20.

<sup>29</sup> Podemos traer a colación estudios como el “Atlas de mortalidad en áreas pequeñas en España (1987-1995)” o el “Análisis epidemiológico de la mortalidad por causas en la Bahía de Algeciras (2001–2005)” desarrollados por el Dr. Benach y Concepción Cruz Rojo (profesores de la Universidad Pompeu Fabra y la Universidad de Sevilla, respectivamente) como investigadores de la situación medioambiental de la zona. El Instituto Carlos III comparte esta perspectiva en su “Atlas de Mortalidad por Cáncer en España”, así como la Sociedad Española de Neumología y Cirugía Torácica. Por otra parte, debemos añadir que también existen estudios que no contemplan una relación con los factores ambientales como es el desarrollado por la Escuela Andaluza de Salud Pública en 2004, debiéndose al tabaquismo, a la obesidad y accidentes de tráfico. Otro estudio, encargado por Gibraltar a la Universidad de Aarhus (Dinamarca), afirma que los índices de cáncer entran dentro de la normalidad.

En este sentido, podríamos decir que el interés de la asociación no se focaliza sobre los últimos años de las relaciones entre España y Gibraltar, sino en las políticas públicas impulsadas por los gobiernos anteriores que han podido afectar a la calidad de vida de los habitantes de la zona, constituyendo por tanto una situación que tiene consecuencias sobre la salud pública de los habitantes de la zona. De la misma manera, debemos hacer hincapié en que los actores medioambientales están llamando la atención sobre una industrialización que tuvo sus inicios y su gran desarrollo después del cierre de la Verja en 1969 por parte de España, a causa del no respeto por parte de Reino Unido de las resoluciones de Naciones Unidas respecto a la descolonización. Además, podríamos extrapolar esta situación a la que se vive en el mismo Peñón de Gibraltar, dada su cercanía; siguiendo a Verdú Baeza, “se ha detectado una especial preocupación en los hospitales británicos por la incidencia del cáncer en desplazados de Gibraltar<sup>31</sup>. En este sentido, la asociación ha manifestado también su interés en la realización de un estudio epidemiológico de la zona a la Junta de Andalucía y pide una moratoria industrial. El origen de estas demandas sería las industrias impulsadas por los Planes de Desarrollo para contrarrestar el impacto económico del cierre de la Verja. Ello significaría una consecuencia medioambiental negativa, y sus posteriores efectos sobre la salud, a causa de una idea política, es decir, la reclamación de la soberanía.

Podríamos inducir, a través de las declaraciones y los mencionados estudios que se han publicado hasta el momento, que el derecho al medioambiente estaría siendo violado, en la medida en que el medioambiente de la zona no es el “adecuado”, es decir, que la situación del aire, como de la bahía en el Estrecho de Gibraltar se encuentra en una situación delicada. Podemos decir que la capacidad de desarrollar de forma natural la existencia *in se* del ser humano se vería amenazada por ese medioambiente no adecuado. En otras palabras, el reconocimiento del derecho a la salud y a la vida no se respetaría de manera plena puesto que las circunstancias medioambientales de la zona no lo permiten, ya que, según estos estudios, la esperanza de vida de los habitantes de la zona puede ser de hasta 20 años inferior a la de algunas comarcas del norte de España<sup>32</sup>. Dado el enfrentamiento que caracteriza el contencioso gibraltareño, podríamos decir que las dos partes son responsables al contaminar el aire o el agua del que viven otros

---

<sup>30</sup> Verdú Baeza, Jesús. “Medioambiente en el Campo de Gibraltar: controversia y cooperación transfronteriza”. En Del Valle, Alejandro y González, Inmaculada (eds.). *Gibraltar: 300 años*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2005, p.345.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Benach, Joan *et al.* *Atlas de mortalidad en áreas pequeñas en España (1987- 1995)*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2001, p.36.

países y éstos mismos. En este sentido, los tratados de cooperación transfronteriza, como el firmado entre España y Portugal<sup>33</sup>, donde uno de los ejes prioritarios es la promoción del medio ambiente, patrimonio y entorno rural, han conseguido mejorar las circunstancias medioambientales que conciernen a los dos países.

#### **4. El posicionamiento de los partidos políticos en España frente al contencioso gibraltareño**

La imagen que nuestro estudio proporciona sobre las circunstancias en el Campo de Gibraltar y en el mismo Gibraltar se difumina, se pierde y se transforma una vez que nos alejamos de la zona, para convertirse en un asunto meramente político en el que los partidos políticos participan activamente cuando resurge una nueva crisis, y que proporciona, por supuesto, rédito electoral. Ello nos empuja a estudiar cuáles son esas raíces y estrategias que han dado en numerosas ocasiones preferencia al contencioso gibraltareño en la agenda política española.

##### **4.1. Posicionamiento político del Partido Popular (P.P.)**

La postura tomada por el Partido Popular se focaliza principalmente sobre la retrocesión del Peñón, apoyándose una y otra vez sobre el Tratado de Utrecht y su artículo X, y las distintas resoluciones adoptadas por la O.N.U. En esta visión, en la que prima el principio de integridad territorial de España no resulta habitual hablar tanto sobre la protección de los trabajadores españoles en Gibraltar, sino que el partido se concentra más en el “acoso”<sup>34</sup> a los pescadores españoles que pescan en las aguas en litigio en la Bahía de Algeciras.

En este sentido, podríamos afirmar que el Partido Popular, que se encontraba en la oposición hasta 2011, defendería una política de orgullo nacional, arguyendo que en los conflictos entre la Guardia Civil y la Gibraltar Police, el Gobierno (en ese momento del P.S.O.E.) no debería pedir disculpas<sup>35</sup>. Esta tensión política atrae a su

---

<sup>33</sup> Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades e instancias territoriales, hecho en Valencia el 3 de octubre de 2002. Un ejemplo puede ser el de la “Valorización conjunta de espacios naturales (Red Natura 2000) como Reserva de Biosfera Transfronteriza.”

<sup>34</sup> Son numerosos los artículos que demuestran la preocupación por los pescadores de la zona. Véase: Ayllon, Luis. “Madrid protesta ante Londres por la expulsión de pesqueros” [en línea]. *Abc.es*, 22 de marzo de 2012. <<http://sevilla.abc.es/20120322/espana/sevp-madrid-protesta-ante-londres-20120322.html>> [Consultado el 23/12/2013] [23 diciembre 2013].

<sup>35</sup> La noche del 7 de diciembre de 2009, tres guardias civiles persiguieron a una embarcación sospechosa de transportar sustancias estupefacientes y en consecuencia desembarcaron en el puerto de Gibraltar,

electorado y beneficia al partido cuando realiza críticas al gobierno socialista, que según el PP, mantuvo una posición “sumisa e irresponsable”<sup>36</sup> durante sus años de gobierno. Esta exaltación de la nación llegó a su zénit, debido a la hipermediatización de este tipo de noticias, cuando la Ministra de Medio Ambiente, Cristina Narbona, reconoció que las aguas contiguas a Gibraltar no eran de jurisdicción española<sup>37</sup>.

Este honor y orgullo tienen su herencia en el período comprendido entre el 2006 y 2013. El nacionalismo que enarbola el partido se traduce, en general, en una desconfianza hacia las autoridades de Gibraltar y la política exterior de Reino Unido, sobre todo cuando el Gobierno socialista del momento firmaba los Acuerdos de Córdoba (2006). Podríamos mostrarlo con las declaraciones de Aristegui y San Román durante las reuniones de la Comisión de Exteriores<sup>38</sup>.

#### 4.2. Partido Socialista Obrero Español (P.S.O.E.)

Para el P.S.O.E., Gibraltar también figura como una reclamación histórica y siempre se ha reclamado la retrocesión de la Roca. El partido se configuraría pues como heredero de tesis que versarían más sobre la “cuestión del decoro y la dignidad nacional y mucha menos en el orgullo, honra o afrenta-vejación”<sup>39</sup>, apoyadas por la mayor parte del sector republicano que se encontraba en el exilio durante la dictadura de Francisco Franco y las resoluciones de la O.N.U. favorables a España. Evidentemente, el partido defiende la españolidad del territorio cuando declara: “Somos los primeros en reivindicar la soberanía española de Gibraltar”<sup>40</sup>, pero el modo de defender estos posicionamientos es diferente. Sin embargo, no son solamente las corrientes ideológicas

siendo retenidos por las autoridades gibraltareñas. Las reacciones políticas pueden leerse en Romaguera, Cándido. “Gibraltar considera que Rubalcaba evitó “un mal mayor” tras el “grave” incidente” [en línea]. *Elpais.com*, 9 de diciembre de 2009. <[http://elpais.com/diario/2009/12/09/espana/1260313212\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2009/12/09/espana/1260313212_850215.html)> [15 febrero 2013].

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> El 17 de agosto de 2007 el buque “New flame” chocó contra un petrolero en Punta Europa, originando un problema medioambiental que tuvo también consecuencias evidentes en el plano político: Las autoridades españolas no intervinieron en el territorio y fue el Gobierno de Gibraltar quien se encargó de la situación. De ahí la afirmación “aguas de Gibraltar” de la Ministra de Medio Ambiente, Cristina Narbona. Véase: M. C y A. F. C. “El ‘New Flame’ provoca que el Gobierno dé por hecho que Gibraltar tiene aguas propias” [en línea]. *Abc.es*, 12 de febrero de 2008 <[http://sevilla.abc.es/hemeroteca/historico-12-02-2008/sevilla/Andalucia/el-new-flame-provoca-que-el-gobierno-de-por-hecho-que-gibraltar-tiene-aguas-propias\\_1641636848376.html](http://sevilla.abc.es/hemeroteca/historico-12-02-2008/sevilla/Andalucia/el-new-flame-provoca-que-el-gobierno-de-por-hecho-que-gibraltar-tiene-aguas-propias_1641636848376.html) Consultado el 10/2/2013> [30 agosto 2016].

<sup>38</sup> Diario de sesiones de la Comisión de Exteriores del Congreso de los Diputados del 24 de octubre de 2006, p. 22.

<sup>39</sup> Sepúlveda Muñoz, Isidro. *Gibraltar: la razón y la fuerza*. Madrid: Alianza Editorial, 2004 ,p.6.

<sup>40</sup> Declaraciones de Elena Valenciano Martínez Orozco en la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados el 22 de febrero de 2012, p.15.

heredadas las que configuran la política del partido, sino que existe un entramado de intereses que subyacen.

Sociológicamente hablando, la exaltación del nacionalismo español se encuentra en el campo ideológico contrario<sup>41</sup>. Además, el P.S.O.E. no puede, por razones históricas, utilizar estos argumentos a fin de atraer la atención sus votantes potenciales, sino que, en su lugar, adopta una posición más conciliadora, de diálogo, de entendimiento y de moderación<sup>42</sup>. En palabras del senador Losada de Azpiazu del Grupo Parlamentario Socialista, “no es lógico que estas cosas se arreglen entre dos socios europeos por la vía de la provocación sino más bien por la de la negociación, por acuerdos y avances”<sup>43</sup>. Ésta representaría la oferta electoral que se vende de la voz internacional del país en los conflictos en los que España está presente, y que es acorde con los principios de la socialdemocracia.

El objetivo sería entonces el de crear una nueva vía diplomática ya que las anteriores habían fracasado “dada la situación de estancamiento en la que nos encontrábamos en el año 2004 y tras comprobar la imposibilidad de continuar las conversaciones”<sup>44</sup>. En el mismo modo se expresa Juan Moscoso del Prado respecto a esta nueva perspectiva, diciendo que el conflicto “obliga a una vecindad y en la medida de lo posible a una relación de confianza entre ambas partes.”<sup>45</sup>

### 4.3. Izquierda Unida (I.U.)

Finalmente Izquierda Unida no pone el acento sobre el decoro de las naciones, ni muchísimo menos lo trata como una cuestión nacionalista, sino que el argumento del partido se focaliza sobre todo en que Gibraltar constituye todavía un paraíso fiscal<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> Siguiendo a Javier Noya en su encuesta sobre la posición de los ciudadanos en torno a Gibraltar: “Mientras que sólo uno de cada dos españoles que se consideran de izquierda defienden la soberanía española, quedando el porcentaje por debajo de la media, entre la derecha el porcentaje aumenta hasta el 85%”. Noya, Javier. “Gibraltar en la opinión pública británica y española” [en línea]. *Real Instituto Elcano*, 1 de septiembre de 2013. <[http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/!ut/p/a0/04\\_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOKNg318fEKcHX1NTZz9OgKNX10NDSBAvyDbUREAbg0Kqw!!/?WCM\\_PORTLET=PC\\_Z7\\_3SLLTCAM54CNTQ27F3000000000000\\_WCM&WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/wps/wcm/connect/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari36-2013-noya-gibraltar-public-opinion-uk-spain-espana](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/!ut/p/a0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOKNg318fEKcHX1NTZz9OgKNX10NDSBAvyDbUREAbg0Kqw!!/?WCM_PORTLET=PC_Z7_3SLLTCAM54CNTQ27F3000000000000_WCM&WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/elcano/elcano_es/zonas_es/ari36-2013-noya-gibraltar-public-opinion-uk-spain-espana)> [30 agosto 2016].

<sup>42</sup> En el caso de Gibraltar, véase: Romaguera, Cándido. “Gibraltar considera que Rubalcaba...”.

<sup>43</sup> Declaración en Diario de Sesiones de la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados del 11 de octubre de 2012, p.16.

<sup>44</sup> Diario de Sesiones de la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados del 24 de octubre de 2006, p. 20.

<sup>45</sup> Entrevista telefónica al Diputado nacional D. Juan Moscoso del Prado el 14 marzo de 2014.

<sup>46</sup> Véase: S. a. “Izquierda Unida ve más urgente evitar que Gibraltar sea un paraíso fiscal que el conflicto de la pesca” [en línea]. *lalineadigital.es*, 25 de agosto de 2013.

En este sentido podemos parafrasear a Joan Josep Nuet, portavoz de Exteriores del partido, que afirmó “preocuparse más” por el “robo de millones de euros cada día” que por el conflicto de la pesca. También podemos apoyarnos en las palabras del señor Centella Gómez: “yo puedo añadir que el 73% de las inversiones urbanísticas en la Costa del Sol en la época más dura de la corrupción urbanística provenía de Gibraltar, (...) son datos que vienen a corroborar que, efectivamente, estamos ante un problema real”<sup>47</sup>. De hecho, Gibraltar constituye el ejemplo modelo de “paraíso fiscal” en la organización de campañas de sensibilidad en contra de estos modelos económicos más ventajosos<sup>48</sup>. De la misma manera, se mantiene una posición muy parecida en el ámbito autonómico<sup>49</sup>. El argumento sobre el “paraíso fiscal gibraltareño” puede ser el que más moviliza a los votantes potenciales del partido político, ya que uno de los axiomas del partido se fundamenta en la supresión de la corrupción. En clara oposición a las tesis defendidas por el P.P., Izquierda Unida intentaría desacreditar la posición del Partido Popular poniendo acento precisamente en la crítica al nacionalismo.

## 5. Conclusiones

Se demuestra que la frontera, aunque jurídicamente legítima según las disposiciones europeas, limita los intercambios dentro la UE y que en momentos de crisis diplomáticas las retenciones suponen una situación preocupante para las personas que cruzan la frontera repetidamente, ya que sufren las disquisiciones entre dos países por un diferendo que dura ya más de 300 años. También se ha de llamar la atención sobre el desacuerdo entre Reino Unido y España respecto a las aguas que pertenecen a cada uno de los países. Éstas han protagonizado diferentes incidentes que han llegado a hipermediatizarse en perjuicio de la zona y sus derechos, que ha influenciado la agenda pública y donde los partidos políticos sacan un rédito político. El P.P. sería el más

---

<<http://www.lalineadigital.es/2013/08/izquierda-unida-ve-mas-urgente-evitar-que-gibraltar-sea-un-paraíso-fiscal-que-el-conflicto-de-la-pesca>> [2 febrero 2014].

<sup>47</sup> Diario de sesiones de la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados el 3 de septiembre 2013 p.16.

<sup>48</sup> Véase también las declaraciones de Cayo Lara, secretario general actual de Izquierda Unida respecto a los paraísos fiscales: Blanco, Estrella. “Cayo Lara critica la existencia de paraísos fiscales como Gibraltar” [en línea]. *Europasur.es*, 8 de agosto de 2012. <<http://www.europasur.es/articulo/gibraltar/1325844/cayo/lara/critica/la/existencia/paraísos/fiscales/como/gibraltar.html>> [1 abril 2014].

<sup>49</sup> J. M. C. "IU 'sospecha que en Gibraltar hay sociedades'", *Abc.es*, 16 de abril de 2006. <[http://sevilla.abc.es/hemeroteca/historico-16-04-2006/sevilla/Andalucia/iu-sospecha-que-en-gibraltar-hay-sociedades\\_1421165649030.html](http://sevilla.abc.es/hemeroteca/historico-16-04-2006/sevilla/Andalucia/iu-sospecha-que-en-gibraltar-hay-sociedades_1421165649030.html)> [14 abril 2014].

beneficiado en su ejercicio de nacionalismo, y el P.S.O.E. e I.U. utilizan argumentos como la vía de los acuerdos o la crítica contra los paraísos fiscales para beneficiarse.

Hemos visto que algunos derechos laborales no le son reconocidos a los trabajadores españoles en Gibraltar si hacemos una comparativa con los trabajadores españoles en Francia o Portugal, donde serían discriminados en relación a la prestación por maternidad, incapacidad permanente o vejez. También en casos determinados sería España la que debe sufragar los gastos ocasionados cuando éstos se han generado en Gibraltar (art.28.2 del Reglamento 883/2004). Sería conveniente y oportuna una revisión del Convenio de Seguridad Social y Protocolo de Asistencia Sanitaria entre España y Reino Unido firmado en 1974, con el objetivo de incluir una cláusula para los derechos de los trabajadores españoles en Gibraltar y así garantizar la igualdad de condiciones, sobre todo de cara a una salida de Reino Unido de la Unión Europea. Estas complicaciones, tanto legales como eventuales (las largas retenciones), serían fruto de un conflicto por el que numerosas familias se ven perjudicadas directamente, y cuyos derechos tampoco les son reconocidos, causada por la omisión de éstos en el acuerdo o por la abstención de la aplicación de anexos, a causa del diferendo.

La situación actual de Reino Unido después del referéndum es delicada de cara a su salida de la Unión Europea. Las negociaciones a las que se dará paso en los próximos meses redefinirán la posición de Reino Unido y de Gibraltar en la U.E. y es probable que existan periodos de incertidumbre. Si la situación de los trabajadores que cruzan la frontera diariamente no ha estado carente de problemas hasta ahora, la amplitud de las negociaciones que se llevarán a cabo cambiará probablemente la realidad que conocemos actualmente. Lamentablemente, la salida de Reino Unido hará que exista un canal menos de comunicación, de entendimiento y de búsqueda de intereses comunes entre los dos países, haciendo más complicada la cooperación entre España y Reino Unido para el futuro de la zona. Una cooperación que, en el campo medioambiental (contaminación del aire y de las aguas) o en el ámbito social (por ejemplo en la promoción del empleo), sería probablemente beneficiosa, como ya se hace notar en proyectos transfronterizos entre España y Portugal y entre España y Francia.

Si la situación cuando España y Reino Unido son miembros de la Unión Europea y de la O.T.A.N. se encuentra en este punto, sería plausible pensar, en medio de la vorágine de sucesos a escala internacional que tienen lugar hoy en día, ¿que España cierre su frontera? ¿De verdad podemos pensar que los derechos de los trabajadores estarán salvaguardados? ¿O sin embargo, podrá seguir existiendo una

relación estable para mejorar las condiciones de vida de la zona, dejando al margen la soberanía?

### Referencias Bibliográficas

- Ayllon, Luis. "Madrid protesta ante Londres por la expulsión de pesqueros" [en línea]. *Abc.es*, 22 de marzo de 2012. <<http://sevilla.abc.es/20120322/espana/sevp-madrid-protesta-ante-londres-20120322.html>> [23 diciembre 2013].
- Benach, Joan *et al.* *Atlas de mortalidad en áreas pequeñas en España (1987- 1995)*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2001.
- Blanco, Estrella. "Cayo Lara critica la existencia de paraísos fiscales como Gibraltar" [en línea]. *Europasu.es*, 8 de agosto de 2012. <<http://www.europasur.es/article/gibraltar/1325844/cayo/lara/critica/la/existencia/paraisos/fiscales/como/gibraltar.html>> [1 abril 2014].
- Cruz Rojo, Concepción; Almisas, Manuel. "Análisis epidemiológico de la mortalidad por causas en la Bahía de Algeciras (2001-2005)". *Gaceta Sanitaria*, sep./oct. 2009, 5.
- Del Valle, Alejandro. "España y la cuestión de Gibraltar a los 300 años del Tratado de Utrecht" [en línea]. *Real Instituto Elcano*, 20 de junio de 2013. <<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/c8780b00400ffaf89f4effe09ebf71b/ARI23-2013-Gonzalez-Galvez-Espana-Gibraltar-300-anos-tratado-Utrecht.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c8780b00400ffaf89f4effe09ebf71b>> [ 28 febrero 2014].
- "Gibraltar: principales documentos oficiales" [en línea]. *Real Instituto Elcano*, 1 de septiembre de 2013. <<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/b258df8040f0674fb1eafdec8076bdb2/DelValle-Gibraltar-documentos-oficiales.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b258df8040f0674fb1eafdec8076bdb2>> [27 febrero 2014].
- "La crisis de Gibraltar y las medidas, opciones y estrategias de España" [en línea]. *Real Instituto Elcano*, 19 de agosto de 2013. <<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/0424970040beec1b8c68fcec8076bdb2/ARI32-2013-DelValle-Crisis-Gibraltar-medidas-opciones-estrategias->

[Espana.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0424970040beec1b8c68fcec8076bdb2](#)> [ 27 febrero 2014].

Del Valle, Alejandro y González, Inmaculada (eds.). *Gibraltar:300 años*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2005.

Del Valle, Alejandro; González, Inmaculada y Verdú, Jesús. “¿Es posible un acuerdo de delimitación de aguas con Gibraltar?”. En Del Valle, Alejandro y González, Inmaculada (eds.). *Gibraltar y el foro tripartito de diálogo*. Madrid: Dykinson, 2009, pp. 293-318.

Entrevista telefónica al Diputado nacional D. Juan Moscoso del Prado el 14 marzo de 2014.

Entrevista telefónica con Javier Gil, portavoz de A.G.A.D.E.N., el 23 de febrero 2014

Entrevista telefónica con Juan Morente el 14 de febrero de 2014, a las 11.00

Entrevistas telefónicas con Inmaculada Ortega, Secretaria General de CC.OO. en el Campo de Gibraltar, el día 30 de agosto de 2016, a las 11.30. y el 4 de febrero de 2014 a las 17.00

Fletcher J.; Morakabati Y.; Blake A., *An economic impact study and analysis of the economies of Gibraltar and the Campo de Gibraltar. Project Report*. Gibraltar: Gibraltar Chamber of Commerce, 2009.

Franco Del Pozo, Mercedes. *El derecho humano a un medio ambiente adecuado*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2000.

Gros, H. “Prólogo”. En *Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública - Diputación Foral de Bizkaia - Unesco Etxea, 1999, p.16.

Informe “Plataforma Por una Frontera Humanitaria” (La Línea de la Concepción, marzo de 2014)

J. M. C. "IU 'sospecha que en Gibraltar hay sociedades'", *Abc.es*, 16 de abril de 2006. <[http://sevilla.abc.es/hemeroteca/historico-16-04-2006/sevilla/Andalucia/iu-sospecha-que-en-gibraltar-hay-sociedades\\_1421165649030.html](http://sevilla.abc.es/hemeroteca/historico-16-04-2006/sevilla/Andalucia/iu-sospecha-que-en-gibraltar-hay-sociedades_1421165649030.html)> [14 abril 2014].

M. C y A. F. C. "El 'New Flame' provoca que el Gobierno dé por hecho que Gibraltar tiene aguas propias"[en línea]. *Abc.es*, 12 de febrero de 2008 <[http://sevilla.abc.es/hemeroteca/historico-12-02-2008/sevilla/Andalucia/el-new-flame-provoca-que-el-gobierno-de-por-hecho-que-gibraltar-tiene-aguas-propias\\_1641636848376.html](http://sevilla.abc.es/hemeroteca/historico-12-02-2008/sevilla/Andalucia/el-new-flame-provoca-que-el-gobierno-de-por-hecho-que-gibraltar-tiene-aguas-propias_1641636848376.html) Consultado el 10/2/2013> [30 agosto 2016].

- Molinero Pérez, Miguel Ángel. *Gibraltar: Intereses encontrados (2006-2014)*, Trabajo de Fin de Master, Sciences Po Lille, 2013.
- Noya, Javier. "Gibraltar en la opinión pública británica y española" [en línea]. *Real Instituto Elcano*, 1 de septiembre de 2013. <[http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/!ut/p/a0/04\\_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOKNg318fEKcHX1NTZz9QgKNXI0NDSBAvyDbUREAbg0Kqw!/?WCM PORTLET=PC\\_Z7\\_3SLLTCAM54CNTQ27F300000000000\\_WCM&WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/wps/wcm/connect/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari36-2013-noya-gibraltar-public-opinion-uk-spain-espana](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/!ut/p/a0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOKNg318fEKcHX1NTZz9QgKNXI0NDSBAvyDbUREAbg0Kqw!/?WCM PORTLET=PC_Z7_3SLLTCAM54CNTQ27F300000000000_WCM&WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/elcano/elcano_es/zonas_es/ari36-2013-noya-gibraltar-public-opinion-uk-spain-espana)> [30 agosto 2016].
- Reyes, Brian. "Britain votes for Brexit" [en línea]. *Gibraltar Chronicle*, 24 de junio de 2016. <<http://chronicle.gi/2016/06/britain-votes-for-brexit/>> [ 9 septiembre 2016].
- Romaguera, Cándido. "¿Vienen a pescar o a provocar?" [en línea]. *Elpais.com*, 18 de mayo de 2012. <[http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/05/18/andalucia/1337332249\\_746944.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/05/18/andalucia/1337332249_746944.html)> [25 diciembre 2013].
- "Gibraltar considera que Rubalcaba evitó "un mal mayor" tras el "grave" incidente" [en línea]. *Elpais.com*, 9 de diciembre de 2009. <[http://elpais.com/diario/2009/12/09/espana/1260313212\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2009/12/09/espana/1260313212_850215.html)> [15 febrero 2013].
- S. a. "Izquierda Unida ve más urgente evitar que Gibraltar sea un paraíso fiscal que el conflicto de la pesca" [en línea]. *lalineadigital.es*, 25 de agosto de 2013. <<http://www.lalineadigital.es/2013/08/izquierda-unida-ve-mas-urgente-evitar-que-gibraltar-sea-un-paraiso-fiscal-que-el-conflicto-de-la-pesca>> [2 febrero 2014]
- S. a. "Juan Morente, después de la reunión con Fabian Picardo: 'Casi lo mismo, pero mejorando algo'" [en línea]. *lalineadigital.es*, 17 de abril de 2012. <<http://www.lalineadigital.es/2012/04/tras-la-reunion-de-esta-manana-en-gibraltar-morente-casi-lo-mismo-pero-mejorando-algo/>> [3 marzo 2014].
- Sepúlveda Muñoz, Isidro. *Gibraltar: la razón y la fuerza*. Madrid: Alianza Editorial, 2004.
- Téllez, Juan José. *Yanitos; Viaje al corazón de Gibraltar (1713-2013)*. Sevilla: Fundación Pública Andaluza Centro de Estudios Andaluces, 2013.
- Torremocha, Antonio y Humanes, Francisco. *Historia económica del Campo de Gibraltar*. Algeciras: Edad contemporánea, 1989, t.3, pp.243-434.

## IV. MANIFESTACIONES DE LA LIBERTAD



#### *IV.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN*



# **LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ¿REALIDAD O UTOPIA? UNA PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE ESPAÑA Y LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS**

## **FREEDOM OF EXPRESION: REALITY OR UTOPIA? A COMPREHENSIVE PERSPECTIVE BETWEEN SPAIN AND LATIN AMERICAN COUNTRIES**

Francisco Peiró Canet  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** La libertad de expresión es un derecho recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y perteneciente a la denominada como Primera Generación de estos últimos. En la presente comunicación se analizarán tanto la legislación como la aplicación del derecho a la libertad de expresión en España y en algunos países latinoamericanos como Brasil, México y Venezuela, con el fin de esbozar una comparativa en lo que a este derecho se refiere en las distintas constituciones de los citados países, así como sus contradicciones a la hora de ponerlo en práctica.

**Palabras clave:** Libertad expresión, España, Brasil, México, Venezuela.

**Abstract:** According to the Universal Declaration of Human Rights of 1948, freedom of expression is a right gathered in the latter and belonging to named as The First Generation of the above mentioned. This research analyzes both legislation and the implementation of the right to the freedom of expression in Spain and in some Latin-American countries as Brazil, Mexico and Venezuela in order to outline a comparative as it refers to this right in the different constitutions of these countries and their contradictions at the moment of putting it into practice.

**Keywords:** Freedom of expression, Spain, Brazil, Mexico, Venezuela.

### **1. Introducción**

La libertad de expresión se torna fundamental tanto para los individuos como para los Estados democráticos. En el primero de los casos, resulta necesaria para su desarrollo, dignidad y realización personal, mientras que en el segundo lo es para un correcto funcionamiento del sistema, así como para promover la implementación de otros derechos humanos.

La presente comunicación tiene como objeto analizar el citado derecho a la libertad de expresión entre algunos Estados latinoamericanos y España. Para ello, y en primer lugar, se aclarará la relación existente entre este derecho y un sistema democrático. Una vez hecho esto, se examinará, de manera breve pero concisa, la idiosincrasia del mismo en los distintos países a analizar, pues difiere de unos a otros. A continuación, se expondrán algunos casos de la violencia ejercida contra algunos periodistas de México y Brasil y se comentarán las restricciones existentes al derecho a

la protesta en los mencionados países para, finalmente, extraer una serie de conclusiones mediante una comparativa entre los mismos.

## **2. Libertad de expresión y Estado democrático de Derecho**

El derecho a la libertad de expresión en los Estados democráticos ha sufrido continuas variaciones a lo largo de la historia. Las transformaciones del mismo han afectado, incluso, al propio concepto de Estado; tanto es así, que se ha originado una nueva ola de derechos derivados, tales como la libertad de prensa, el derecho a una comunicación pública libre o la protección de los datos personales. Todos ellos se han conformado en los derechos fundamentales de las distintas constituciones de los sistemas democráticos, convirtiéndose en pilares imprescindibles para el correcto funcionamiento del Estado de Derecho.

La libertad de expresión tuvo su origen en el ardor de las diversas revoluciones de finales del siglo XVIII y principios del XIX, alzándose como un elemento central de las nuevas constituciones redactadas en nuevos Estados, como fue el caso de la Constitución de los EE.UU. de 1787, o ya en el siglo XIX, de las nuevas repúblicas creadas en América Latina tras la independencia de estos territorios de la corona española<sup>1</sup>. No en vano, la libertad de expresión se convirtió en la canalización de la respuesta revolucionaria contra los Estados absolutistas, pues dicho concepto se encuentra relacionado con las nociones de libertad e igualdad<sup>2</sup>.

Como hemos advertido anteriormente, el derecho a la libertad de expresión ha ido sufriendo permutas en su sentido a lo largo del tiempo. Un ejemplo lo hallamos en el siglo pasado, en el que evolucionó de manera significativa gracias a la creación de las distintas cortes y/o tribunales, encargados de interpretar y controlar las distintas leyes

---

<sup>1</sup> Algunos de los desencadenantes de las revoluciones liberales en la América española fueron, entre otros, la crisis del Antiguo Régimen en Europa, agravada concretamente en España tras la invasión francesa de 1808, que prácticamente consiguió que se derrumbara el Estado absolutista de Fernando VII, iniciándose, a la vez, una guerra contra el ejército de Napoleón y una revolución liberal que dejó por escrito la Constitución de 1812, la primera en la historia de España –en la que ya se reconocía el derecho a la libertad de expresión-. Tras el fin de la guerra en 1814 comienzan unas décadas convulsas en las que se vuelve al absolutismo; más tarde se reinstaura la Constitución liberal de 1812 y finalmente se retorna de nuevo al Antiguo Régimen. Estas tensiones estallarán con la muerte del monarca Fernando VII, iniciándose la primera guerra civil en la era contemporánea en España. Todos estos factores ayudaron a que los sectores burgueses de la América española iniciaran su propia revolución para alcanzar la independencia, creándose nuevos Estados en América Latina, donde, en algunas de las constituciones de estos países, se recogía la libertad de expresión.

<sup>2</sup> Barbosa Delgado, Francisco R. “Los diálogos de la libertad de expresión: Fundamentos filosóficos dentro del derecho internacional de los derechos humanos”. *Revista de Derecho Comparado de la información de la Universidad Autónoma de Méjico*, 2011, 5, p. 83.

que se iban aprobando así como su encaje constitucional<sup>3</sup> en los países que disfrutaban de un sistema democrático. Asimismo, cabe resaltar la importancia que adquirió en la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos<sup>4</sup>. Pasada la II Guerra Mundial se crea la Organización de las Naciones Unidas (ONU), un organismo desde el que emanaría la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual tendrá una repercusión en lo que atañe a la libertad de expresión. Es innegable que este hecho aportó más énfasis a uno de los fundamentos indispensables para que los organismos internacionales reconociesen a un Estado como democrático, que es la libertad de expresión de sus ciudadanos y ciudadanas, siendo el mismo Estado el garante del cumplimiento de dicho derecho.

La estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión viene dada porque la libertad de pensamiento es totalmente indispensable en una democracia. Algunos ejemplos de ello los hallamos en distintas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales dictaminan que “la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública”<sup>5</sup>. Por tanto, nos encontramos en condiciones de afirmar que la legitimidad democrática que pudiera tener un país depende, en cierta manera, del grado de libertad que tengan sus habitantes, siendo preciso para ello que los principios de igualdad y libertad se encuentren recogidos en una Carta Magna<sup>6</sup>.

Una de las mayores pruebas para analizar el estado en que se encuentra un régimen democrático es comprobar si el derecho a la libertad de expresión está realmente protegido por los gobernantes, ya que si la capacidad crítica y de protesta de los gobernados es ahogada por parte de los poderes estatales se podría hablar de democracias de baja calidad, como ocurre en países como Turquía y Rusia. Asimismo, es importante distinguir dos conceptos separados por una delgada línea: libertad de expresión y libertad de prensa. La primera se refiere a las ideas, juicios y opiniones que residen en el interior del individuo. La segunda trata de mensajes en forma de noticia

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>4</sup> Se debe subrayar la importancia de la libertad de expresión en los Estados Unidos, pues ésta se encuentra enmarcada en la primera enmienda de su Constitución.

<sup>5</sup> Barbosa Delgado, Francisco R. “Los diálogos de la libertad de expresión...”, p. 86. Para mayor información sobre estas sentencias, véase la nota al pie número 11 de este artículo.

<sup>6</sup> Fernández de la Riva, Manuel Sánchez de Diego. “Una nueva libertad de expresión para una nueva sociedad”. *Diálogos de la Comunicación. Revista Académica de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social*, 2010, 82, p. 3.

con un referente externo a la propia persona<sup>7</sup>. Si bien, a pesar de sus diferencias, ambas se encuentran fuertemente relacionadas y son imprescindibles en una democracia, pues ejercen una gran influencia a la hora de construir un Estado democrático con fuertes cimientos basados en la pluralidad, el espíritu abierto y crítico de la sociedad y la tolerancia y respeto hacia otras ideas y opiniones.

### **3. La situación de la libertad de expresión en algunos países latinoamericanos**

#### **3.1 El caso de México**

La Constitución Política de México, en su artículo seis, recoge expresamente el derecho a la libertad de expresión. En este, reza textualmente que “la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa”. A pesar de ello, es importante señalar que este derecho se vio afectado en algunas de sus vertientes con las reformas jurídicas de 1994 y 2008. En la primera, se fortaleció el papel y la independencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para intermediar entre los poderes Ejecutivo y Legislativo en un momento de ascenso de los partidos opositores al gobierno, descuidándose, de esa forma, la protección de los derechos humanos, una labor que recayó en manos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. En cuanto a la segunda reforma, fue abordada en un clima de gran conflictividad social, lo que propició un cambio en el derecho penal, que fue instrumentalizado en forma de represión ante la oleada de protestas existentes en dicho país durante el mencionado año<sup>8</sup>.

Con el objeto de tratar de acallar las protestas, la anteriormente citada instrumentalización del derecho penal logró que disentir contra el gobierno mexicano se tornase en una labor extremadamente complicada, incluso a pesar de que la libertad de expresión se hallase recogida en la propia Constitución. Desde entonces, la aplicación de la misma en el derecho interno mexicano ha sido muy limitada<sup>9</sup>. Cabe resaltar que dicha reforma se empleó no solo para la lucha contra el crimen organizado, sino también contra la oposición, englobando a los grupos opositores dentro de movimientos delictivos y restringiéndose, de esta forma, el derecho a la libertad de expresión.

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>8</sup> Rábago Dorbecker, Miguel. “La criminalización de la protesta social como forma de restricción de la libertad de expresión en México: movimientos sociales en el centro de la llamada “lucha contra la delincuencia organizada””. En Bertoni, Eduardo (compilador). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina*. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010, pp. 145-146.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 147.

Hoy en día, una de las realidades más preocupantes de México no es solo la libertad de expresión, sino la libertad de prensa. No son pocos los ataques y agresiones cometidas al colectivo de periodistas que se atreven a denunciar ciertas situaciones de irregularidad en los distintos estados mexicanos. La Comisión Interamericana de derechos humanos ya alertó de esta situación en el año 2014, cuando los ataques a periodistas alcanzaron cifras realmente alarmantes<sup>10</sup>. A esto se debe sumar la pasividad de las autoridades gubernamentales a la hora de investigar este tipo de atentados, muchos de ellos perpetrados, incluso, por el crimen organizado<sup>11</sup>. Por citar algunos datos, solo en el pasado año 2015 fueron registradas más de 397 agresiones a periodistas y desde el año 2000 han sido asesinados 93. Asimismo, cabe señalar que un en el periodo comprendido entre 2009 y 2015, un importante número de funcionarios públicos cometieron el 46.9% del total de ataques contra periodistas<sup>12</sup>.

Por tanto, a pesar de que los Estados Unidos de México conforman un Estado Democrático y de Derecho, se puede corroborar que algunas de las garantías relacionadas con el derecho a la libertad de expresión y recogidas en la Constitución Política no están siendo aplicadas al conjunto del país, pues las dificultades existentes para ejercer la protesta y/o la labor periodística así nos lo confirman.

### 3.2 Brasil

La libertad de expresión, de prensa y de información se encuentran recogidas en la Constitución, concretamente en el artículo 5 y en los comprendidos entre los números 220 y 224, ambos inclusive. A pesar de la existencia de un régimen democrático lo suficientemente asentado, no son pocas las violaciones de derechos como la libertad de expresión y de prensa que han tenido lugar en el Estado brasileño. Tanto es así, que, en los últimos años, decenas de periodistas han sido asesinados por motivos relacionados con su profesión.

---

<sup>10</sup> El número de periodistas asesinados ese año fue de cinco, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2014. Informe anual de la Relatoría especial para la Libertad de Expresión*. Disponible en formato PDF en <<http://www.oas.org/informes/LE2013-esp>> [28 julio 2016].

<sup>11</sup> Para más información sobre los asesinatos y agresiones a periodistas y reporteros, véase *ibidem*, pp. 197-211. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015. Informe anual de la Relatoría especial para la Libertad de Expresión.*, pp. 252-257. Disponible en formato PDF en <<http://www.oas.org/docs/informes/anales>> [28 de julio 2016].

<sup>12</sup> Crespo, Rodrigo. “Día de la libertad de expresión en México: nada que celebrar” [en línea]. *Animalpolítico.com*, 7 de junio de 2016. <<http://www.animalpolitico.com/2016/06/dia-de-la-libertad-de-expresion-en-mexico-nada-que-celebrar/>> [25 julio 2016].

Uno de los problemas más acentuados que dicho gremio destaca a la hora de tratar de realizar su trabajo es la denominada censura judicial, pues, denuncian que, desde hace unos años, políticos y funcionarios gubernamentales no cesan en interponer demandas contra reporteros y medios de comunicación. Los motivos parecen ser los mismos en todos los casos: daños a su reputación e invasión de la privacidad. De esta manera han logrado órdenes judiciales con las que poder restringir las publicaciones relacionadas con sus cargos<sup>13</sup>.

En ese sentido, cabe señalar las medidas prometidas por el gobierno de Dilma Rousseff en el año 2013. Una de ellas tenía que ver con la creación de grupos de trabajo para investigar las agresiones a periodistas; si bien, éstos resultaron prácticamente ineficaces para solventar este delicado problema. La idea para crear estos grupos partió de la Ministra de Derechos Humanos brasileña, Maria do Rosário Nunes, que abogó por estudiar y evaluar cada caso y, así, investigar con más profundidad los sucesivos ataques a los periodistas y medios de comunicación. Sin embargo, las medidas adoptadas no han impedido la sucesión de agresiones y la violación de la libertad de prensa y de expresión en Brasil, donde el ejercicio de la labor periodística ha sido descrito, incluso, como de alto riesgo. Asimismo, y aunque la restrictiva Ley de Prensa de 1967, amparada bajo la dictadura, fue eliminada totalmente en el año 2009, un periodista podría ser encarcelado según algunos artículos del Código Penal vigente<sup>14</sup>.

A pesar de lo anteriormente comentado, se debe señalar el logro de ciertos avances en materia de libertad de expresión y de prensa. Prueba de ello es una sentencia judicial de 2014 del estado de Maranhao, en la que se condena a dos sujetos<sup>15</sup> como autores de la muerte del periodista Décio Sá, quien publicó una serie de reportajes en su blog en torno al asesinato de un empresario. Sus informaciones involucraban directamente a un grupo de prestamistas<sup>16</sup>.

Por otro lado, la aprobación de la denominada ley “Marco Civil da Internet”, que asegura la libertad de expresión y la privacidad en lo que concierne al espacio virtual, así como la inviolabilidad de las comunicaciones en línea<sup>17</sup> o la reciente

---

<sup>13</sup> Lauría, Carlos. “Violencia y censura judicial empañan el horizonte de Brasil” [en línea]. *Cpj.org*. <<https://cpj.org/es/2014/02/ataques-a-la-prensa-en-2013-violencia-y-censura-judicial-empanan-el-horizonte.php>> [28 de julio 2016].

<sup>14</sup> Los artículos en cuestión son el 138, 139 y 140. En éstos se estipula que un periodista puede ser condenado entre un mes y dos años de prisión por publicar difamaciones contra el Jefe del Estado brasileño o de cualquier otro país.

<sup>15</sup> La condena judicial fue de 25 y 18 años respectivamente a los dos condenados por el caso

<sup>16</sup> *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2014...*, p. 35.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 37.

publicación del informe de la Comisión Nacional de la Verdad, donde se recogen las múltiples violaciones de los derechos humanos cometidos durante el periodo entre 1946 y 1988 -reconociendo estos hechos como delitos de lesa humanidad e instando a las autoridades competentes en materia judicial a juzgar a los autores de estos hechos<sup>18</sup>- han dado un pequeño impulso a la libertad de expresión y de prensa.

### 3.3 Venezuela

La libertad de expresión se encuentra recogida y protegida en los artículos 57 y 58 de la denominada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. No obstante, organizaciones como el Instituto de Prensa y Sociedad de Venezuela (IPYS Venezuela)<sup>19</sup> denuncian, en su informe correspondiente al año 2015, que entre el periodo comprendido entre 2004 y 2014 se registraron un total de 42 procedimientos jurídicos relacionados con noticias difundidas por periodistas, medios de comunicación y activistas de derechos humanos, intensificándose con la llegada al poder del presidente Nicolás Maduro<sup>20</sup>. Debido a esto, numerosas organizaciones se han movilizado para denunciar el abuso gubernamental sobre la información que se publica en Venezuela, restringiéndose, de esta manera, el derecho a la libertad de expresión e información. Todo ello, sumado a la alta conflictividad y polarización política y social que vive el país durante los últimos tiempos, esboza una situación muy preocupante para las distintas organizaciones internacionales relacionadas con los derechos humanos.

El gobierno de Maduro, el poder Legislativo y el Judicial han elaborado y ejecutado, respectivamente, distintas leyes y decretos que vulneran, claramente, las garantías constitucionales y fundamentales recogidas en los artículos 57 y 58 de la Constitución. Un ejemplo del abuso de las instituciones gubernamentales por parte del gobierno venezolano lo podemos encontrar en una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia correspondiente a diciembre de 2014, en la que se dictó que la información

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>19</sup> Se trata de una organización no gubernamental que tiene como objetivo la defensa y la promoción de la libertad de expresión y de información en Venezuela, así como que el gobierno cumpla con las garantías necesarias para que los informadores puedan ejercer el periodismo de forma libre y plural.

<sup>20</sup> El 48% de estas decisiones fueron tomadas entre los años 2013 y 2014. *La libertad de expresión y el derecho a la información en Venezuela. Informe del Instituto Prensa y Sociedad de Venezuela. Comité de Derechos Humanos con motivo del Examen del 4to Informe Periódico del Estado venezolano para el Periodo de Sesión 114º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, junio 2015, p. 4. Documento disponible en formato PDF en <<http://ipysvenezuela.org/publicaciones/>> [05 agosto 2016].

relacionada con los medios de comunicación se considera como secreto de Estado, y su difusión pública podría ser peligrosa y atentar “contra la seguridad de la nación”<sup>21</sup>.

Otros problemas derivados de la polarización política son la presión y la censura que ejercen los órganos gubernamentales. Según IPYF Venezuela, la gran mayoría de las órdenes de censura provienen directamente de las instituciones gubernamentales (34%); en segundo término estarían las decisiones judiciales (17%) y, finalmente, la censura interpuesta por el poder Legislativo (14%)<sup>22</sup>. Un ejemplo de la primera lo hallamos en el cambio de propiedad de los medios de comunicación, lo cual ayuda a fortalecer la posición del Estado venezolano, pues pasa a concentrar la propiedad de los medios de comunicación, lo que supone una serie amenaza a la libertad de expresión y de información. Por este motivo, los distintos medios de comunicación (televisiones, periódicos, radios etc.) han registrado marcados cambios en su línea editorial. Asimismo, los trabajadores críticos con las decisiones del gobierno del presidente Maduro o que decidieron no acatar las nuevas directrices del mismo han sido silenciados, bien a través mediante renuncias o por despidos injustificados<sup>23</sup>.

Por otro lado es necesario subrayar que la libertad de expresión en Venezuela no solo se ha visto afectada en el campo de la comunicación, sino también en el de la protesta. En los últimos tiempos, el derecho a la protesta se ha criminalizado mediante la aplicación de leyes que conllevan duras penas, aplicando medidas que restringen los derechos de los acusados, como son la prohibición de participar en nuevas manifestaciones o, incluso, expulsión del país de los mismos<sup>24</sup>.

### 3.4 España

En lo que concierne al Estado español, la Constitución aprobada en 1978 ampara la libertad de expresión, concretamente en su artículo número 20, el cual protege el derecho a transmitir, por diversos medios, lo sentido o pensado, impidiendo a las administraciones la obstrucción del mismo. Si bien, cabe señalar que se establecen ciertos límites a la libertad de expresión. Así queda recogido en el apartado 4º del

---

<sup>21</sup> Para más información sobre la sentencia, véase <<http://ipys.org.ve/alerta/caracas-tsj-sentencia-que-informacion-sobre-telecomunicaciones-es-secreto-de-estado/>> [18 agosto 2016]

<sup>22</sup> *La libertad de expresión y el derecho a la información en Venezuela...*, pp. 9-10.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 11-12.

<sup>24</sup> Ayala Corao, Carlos. “La criminalización de la protesta en Venezuela”. En Bertoni, Eduardo (compilador). *¿Es legítima la criminalización de la...*, p. 230.

artículo 20, en el que se expresa, literalmente, que “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título”<sup>25</sup>.

A pesar de que España está constituida en un Estado de Derecho, la aprobación de algunas normas y leyes durante los últimos años, coincidentes con los de mayoría absoluta del Partido Popular, pone en peligro algunos derechos y libertades fundamentales. Un ejemplo de ello es la aprobación de la nueva Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, popularmente conocida como ‘Ley Mordaza’, la cual, en opinión de Esteban Beltrán, director de Amnistía Internacional España, supone “una limitación del ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a reunión pacífica”<sup>26</sup>. Esta nueva ley, aprobada a finales del año 2015, no solo atenta contra las libertades anteriormente señaladas, sino que también criminaliza, en cierto modo, la protesta, pues la limita a fechas y lugares determinados. Igualmente, la nueva Ley de Seguridad Ciudadana contempla que serán las autoridades gubernamentales las que posean la potestad a la hora de interponer las multas a los ciudadanos que la quebranten, un papel hasta ahora reservado a los tribunales, poniendo en riesgo, así, las garantías procesales. Tanto es así, que importantes medios de comunicación a nivel mundial, como el *New York Times*, se han hecho eco de estas noticias y alertan del retroceso de la libertad de expresión en España.

Ejemplo de lo anterior son las nuevas leyes antiterroristas aprobadas por el gobierno de Mariano Rajoy con el apoyo de la mayoría absoluta del Partido Popular en la Cámara Baja española, que hacen que periodistas estadounidenses como Raphael Minder denuncien esta situación en la columna que escribe en el mencionado diario, comparándolas, incluso, con la “caza de brujas”<sup>27</sup>. En el nuevo Código Penal, la tipificación de los delitos que pueden ser definidos como actos terroristas es muy imprecisa y aleatoria. De hecho, la resistencia a las autoridades públicas está tipificada como delito de terrorismo. Un ejemplo de ello es el conocido caso de los ‘titiriteros’, en el que los actores de una obra callejera de títeres, programada por el Ayuntamiento de Madrid, fueron encarcelados por un juez de la Audiencia Nacional. El motivo que se

---

<sup>25</sup> Barceló i Serramalera, Mercè. “Las libertades de expresión y de reunión en la Constitución Española: breve apunte sobre los ‘escraches’ como punto de confluencia entre ambas libertades”. *Chapecó*, 2013, 3, pp. 31-37.

<sup>26</sup> Cabezas, Dani. “Libertad de expresión, un derecho despreciado en España” [en línea]. *Lamarea.com*, 24 de febrero de 2016. <<http://www.lamarea.com/2016/02/24/amnistia-internacional-informe-2016/>> [5 agosto 2016].

<sup>27</sup> G, C. “‘The New York Times’ pone la lupa sobre la libertad de expresión en España” [en línea]. *Elplural.com*, 26 de febrero de 2016. <<http://www.elplural.com/2016/02/26/%E2%80%98new-york-times%E2%80%99-pone-la-lupa-sobre-la-libertad-de-expresi%C3%B1a>> [6 de agosto 2016].

alegó fue el de delito de enaltecimiento del terrorismo, pues se les acusaba de exhibir una pancarta, al final de la representación, en la que podía leerse *Goraalka-ETA*<sup>28</sup>.

Igualmente, y según la nueva ley, expresarse en las redes sociales también puede ser tipificado como delito de terrorismo. Prueba de ello es lo que le sucedió al cantante del grupo español *Def Con Dos*, César Montaña Lehman -más conocido como César Strawberry- quien fue juzgado en la Audiencia Nacional por publicar una serie de *tuits* considerados por la Fiscalía como vejatorios hacia las víctimas del terrorismo. Finalmente, Strawberry fue absuelto por la Audiencia Nacional, que no apreció ninguna apología al terrorismo, pues el grupo musical del que forma parte esta persona ha compuesto e interpretado varias canciones con letras de “marcado tono provocador, irónico y sarcástico”<sup>29</sup>.

Pero no solo las nuevas leyes aprobadas atentan contra la libertad de expresión, pues, en determinados lugares de España, también algunos músicos han sufrido una censura ideológica. Un ejemplo de esto lo encontramos en dos de las ciudades más importantes de España: Madrid y Valencia<sup>30</sup>. El cantante vasco Fermín Muguruza ha sido vetado durante todos los años que el Partido Popular ha gobernado en ambas ciudades. La justificación de los hechos reside en que durante la etapa de Muguruza al frente del grupo musical *Kortatu* se publicó una canción llamada *Sarri, Sarri*<sup>31</sup>, dedicada a un miembro de ETA que se fugó de la prisión. Esta pieza, del año 1985, fue empleada, veinte años después, por la Asociación de Víctimas del Terrorismo, como justificación para lograr vetar las actuaciones del mismo en las mencionadas ciudades, además de en numerosos municipios, por entender que se hacía apología del terrorismo y se humillaba a las víctimas de ETA.

#### 4. Conclusiones

Tras un breve análisis de la situación del derecho a la libertad de expresión y de prensa en países tan dispares como México, Brasil, Venezuela y España, se llega a la conclusión de que éste varía de unos a otros. En los casos concretos de Brasil y México

---

<sup>28</sup> Para más información sobre este suceso véase: <<http://www.elmundo.es/madrid/2016/02/06/56b5cb5d268e3ee9218b467e.html>> [10 agosto 2016].

<sup>29</sup> Para obtener mayor información sobre el juicio a este cantante véase: <[http://cultura.elpais.com/cultura/2016/07/19/actualidad/1468922662\\_941636.html](http://cultura.elpais.com/cultura/2016/07/19/actualidad/1468922662_941636.html)> [17 agosto 2016].

<sup>30</sup> Consúltese, para obtener más información sobre este asunto: <[http://m.eldiario.es/cultura/musica/AVT-PP-censuran-conciertos-Matisyahu\\_0\\_421708454.html](http://m.eldiario.es/cultura/musica/AVT-PP-censuran-conciertos-Matisyahu_0_421708454.html)> [18 agosto 2016].

<sup>31</sup> Esta canción se incluye en el álbum homónimo de la banda vasca *Kortatu* de 1985. En ella se habla de la fuga del miembro de ETA Joseba Sarrionandia de la cárcel de Martutene (Guipúzcoa) el 7 de julio de 1985.

vemos que existe una marcada violencia hacia el gremio de los periodistas, con decenas de asesinatos y agresiones a este colectivo en los últimos años, una situación realmente alarmante para los activistas y organismos encargados de defender los derechos humanos. Estos atentados son perpetrados, en muchas ocasiones, bajo el beneplácito de las élites locales, muchas de ellas vinculadas a los poderes gubernamentales o a las bandas de crimen organizado, lo cual nos hace intuir el gran poder del que disfrutaban las mismas en algunos territorios de estos dos países.

Por otra parte, la censura proveniente del gobierno es mucho mayor en los países latinoamericanos que en España, debido principalmente a la diferencia de los sistemas democráticos entre ellos, pues en México, Brasil y Venezuela aún existe un sistema presidencialista, en el que el jefe del Ejecutivo es, a la vez, el Jefe del Estado, lo que facilita un ejercicio del poder más personalista, acaparando, de esta forma, un mayor poder personal en torno a la figura del presidente. Otro aspecto a tener en cuenta es la creciente criminalización de la protesta social en los cuatro Estados. Las constantes restricciones de este derecho por parte de los gobiernos han tenido una respuesta de los distintos organismos dedicados a la supervisión y defensa de los derechos humanos, los cuales, denuncian y luchan contra las sucesivas restricciones y prohibiciones.

La participación de la población en la vida política y social de un país es esencial para la supervivencia de una democracia, y una de las vías que para ello tienen los ciudadanos y las ciudadanas es la manifestación pública y pacífica. Por tanto, los Estados no deberían abstenerse e interferir en este derecho, sino que es su deber respetarlo y protegerlo para asegurarse el correcto funcionamiento del sistema democrático.

### **Referencias Bibliográficas**

- Ayala Corao, Carlos. “La criminalización de la protesta en Venezuela”. En Bertoni, Eduardo (compilador). ). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina*. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.
- Barbosa Delgado, Francisco R. “Los diálogos de la libertad de expresión: Fundamentos filosóficos dentro del derecho internacional de los derechos humanos”. *Revista de Derecho Comparado de la información de la Universidad Autónoma de Méjico*, 2011, 5.

- Barceló i Serramalera, Mercè. “Las libertades de expresión y de reunión en la Constitución Española: breve apunte sobre los ‘escraches’ como punto de confluencia entre ambas libertades”. *Chapecó*, 2013, 3.
- Fernández de la Riva, Manuel Sánchez de Diego. “Una nueva libertad de expresión para una nueva sociedad”. *Diálogos de la Comunicación. Revista Académica de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social*, 2010, 82.
- Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2014. Informe anual de la Relatoría especial para la Libertad de Expresión*. Disponible en formato PDF en <<http://www.oas.org/informes/LE2013-esp>> [28 julio 2016].
- Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015. Informe anual de la Relatoría especial para la Libertad de Expresión*. Disponible en formato PDF en <<http://www.oas.org/docs/informes/anales>> [28 julio 2016].
- La libertad de expresión y el derecho a la información en Venezuela. Informe del Instituto Prensa y Sociedad de Venezuela. Comité de Derechos Humanos con motivo del Examen del 4to Informe Periódico del Estado venezolano para el Periodo de Sesión 114º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, junio 2015. Documento disponible en formato PDF en <<http://ipysvenezuela.org/publicaciones/>> [5 agosto 2016].
- Rábago Dorbecker, Miguel. “La criminalización de la protesta social como forma de restricción de la libertad de expresión en México: movimientos sociales en el centro de la llamada “lucha contra la delincuencia organizada”. En Bertoni, Eduardo (compilador). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina*. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.

# **A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À INFORMAÇÃO: O CASO DO JORNAL GAZETA DO POVO**

## **FREEDOM OF EXPRESSION AND THE RIGHT TO INFORMATION: NEWSPAPER CASE GAZETA DO POVO**

Maria do Socorro Tomaz Palitó Santos  
Ada Kesea Guedes Bezerra  
*Universidade Estadual da Paraíba*

**Resumo:** A presente investigação de caráter exploratório e descritivo tem como objetivo analisar a luz da Constituição Federal Brasileira (1988) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no que se refere à liberdade de informação, liberdade de expressão e direito à liberdade de opinião, as mais de quarenta demandas judiciais por dano moral apresentadas por juízes e promotores de justiça contra o Jornal Gazeta do Povo, do estado de Paraná, e cinco de seus profissionais, que publicaram em fevereiro de 2016, reportagens sobre os salários desses magistrados. Para fazer as reportagens e chegar à conclusão de que os valores pagos a juízes promotores eram superiores ao valor máximo estabelecido constitucionalmente, os jornalistas utilizaram dados públicos disponíveis no Portal da Transparência do Tribunal de Justiça. As ações individuais ajuizadas em 19 cidades do estado de Paraná obrigaram os jornalistas a viajarem de uma cidade a outra para as audiências de conciliação. As ações contra os profissionais justifica a necessidade de reflexão sobre o direito à liberdade de expressão e de informação jornalística.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão, Direito à informação.

**Abstract:** This exploratory and descriptive research aims to analyse on the light of the Brazilian Federal Constitution (1988) and the Universal Declaration of Human Rights (1948), with regard to freedom of information, freedom of expression and right to freedom of opinion, the most forty lawsuits for moral damages brought by judges and prosecutors of justice against the newspaper Gazeta do Povo, in the state of Paraná, and five of its professionals, who published in February 2016, reports on the salaries of these judges. To make the reports and get the conclusion that the amounts paid to promoters and judges were higher than the maximum value established constitutionally, journalists used publicly available data in the Transparency Portal of the Justice Court. Individual lawsuits filed in 19 Paraná State cities have forced journalists to travel from one city to another for conciliation hearings. The actions against the professional justifies the need for reflection on the right to freedom of expression and journalistic information.

**Keywords:** Freedom of expression, Right to information.

### **1. Introdução**

Este artigo tem como finalidade apreender, a luz de um fato de repercussão na imprensa nacional brasileira, - O “assédio judicial” enfrentado pelos jornalistas do jornal Gazeta do Povo, o maior e mais antigo Jornal do estado do Paraná e líder em circulação -, as formas subjacentes de intimidação ao exercício profissional do jornalista e à plena liberdade de

informação como assegura a Constituição Brasileira em seu capítulo V referente à Comunicação Social e a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 19.

Partimos da premissa de que a atitude dos juízes e promotores de processarem de forma articulada o jornal Gazeta do Povo e seus profissionais de imprensa por danos morais, após divulgação em reportagens sobre os salários pagos pelo Tribunal de Justiça (TJ) e pelo Ministério Público do Paraná (MP), se constitui ação estratégica com o intuito explícito de cercear, intimidar e mesmo coibir a prática jornalística de divulgação de informações quando os conteúdos confrontarem os interesses da categoria.

Trata-se de uma análise de caráter exploratório e descritivo. Como material empírico, consideramos as reportagens publicadas no jornal Gazeta do Povo sobre os salários de juízes e promotores, em fevereiro de 2016; reportagens de periódicos e portais de notícias de circulação nacional que contemplam a publicação das ações impetradas pelos juízes; reportagens que discorreram sobre a repercussão do caso; dados do Portal da Transparência do Tribunal de Justiça do Paraná; notas oficiais de instituições como: Organização não governamental de direitos humanos, Artigo 19; Associação Nacional de Jornais (ANJ); Associação Brasileira de Imprensa (ABI); Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ), entre outras entidades.

Para este debate contribuíram os pressupostos teóricos de Medina (1982) e Chaparro (2007) sobre pragmática do jornalismo; Bucci (2008) e Karam (2004) em suas reflexões sobre ética no jornalismo; e Kovach e Rosenstiel (2003) com a compreensão do jornalismo como prática detentora de uma função social inerente ao exercício da profissão.

## **2. O caso em contexto**

Enquanto Estado Democrático de Direito, o Brasil tem sua própria história de luta pela conquista e manutenção das liberdades civis e respeito aos direitos humanos. No que se refere à liberdade de opinião e expressão e o direito do cidadão ao livre exercício de aquisição de informação, é assegurada ao brasileiro, pela Constituição Federal, de 1988, a livre expressão em atividades intelectual, científica, artística e de comunicação. Já aos profissionais da imprensa, conforme o artigo 220 § 1º da Constituição cabe a livre manifestação de pensamento e informação. Versa ainda o artigo que não há lei ou dispositivo capaz de comprometer a liberdade de produção de informação jornalística em veículos de comunicação.

No entanto, no cotidiano de produção e circulação de notícias, os profissionais de imprensa se deparam com situações complexas que acabam por cercear, coibir, ou pelo

menos, inviabilizar tal liberdade. Caso de repercussão na imprensa brasileira no primeiro semestre de 2016 foi o embate jurídico envolvendo juízes e promotores do estado do Paraná e o Jornal Gazeta do Povo e cinco de seus profissionais.

Os jornalistas Chico Marés, Euclides Lucas Garcia, Rogério Waldrigues, o analista de sistema Evandro Balmante e o infografista Guilherme Storck, tornaram-se alvos de mais de 40 ações judiciais por danos morais ajuizadas em 19 cidades do estado do Paraná, em retaliação após o jornal publicar reportagens sobre os salários de juízes e promotores, pagos pelo Tribunal de Justiça (TJ) e pelo Ministério Público do Paraná (MP), que ultrapassava o valor máximo estabelecido constitucionalmente. Os jornalistas utilizaram dados públicos do Portal da Transparência do Tribunal de Justiça, dados que podem ser acessados por qualquer cidadão.

A primeira publicação sobre o assunto intitulada: “TJ e MP pagam supersalários que superam em 20% o teto previsto em lei – Na média, em 2015 procuradores e promotores ganharam 23% a mais. Juízes e desembargadores ficaram com 28% além do máximo legal”, foi publicada em 22 de fevereiro de 2016. Na reportagem, os jornalistas apresentam gráfico com rendimentos pagos pelo TJ-PR em 2015 a partir da análise dos cargos de desembargadores, juízes e juízes substitutos, e finalizam seu texto com outro gráfico, desta vez contendo os ganhos individuais referentes ao mês de janeiro. A segunda reportagem, intitulada: “Em dezembro de 2015, salário médio de magistrados foi de R\$ 103,6 mil”, explica que a diferença significativa de valores está na rubrica “vantagens eventuais” que incluem 13º salário, abono de férias, gratificação natalina, serviço extraordinário, pagamentos retroativos, dentre outros benefícios. Em nenhum momento é mencionado que os salários são ilegais, mas sim que em sua totalidade, ultrapassam o teto previsto na Constituição.

Após as publicações, teve início a sequencia de ações contra o jornal e os jornalistas. A questão a ser discutida é como tais ações foram efetuadas. Trata-se de ações individuais em juizados especiais em 19 cidades, em comarcas diferentes do Paraná. Um *modus operandi* pensado para inviabilizar o trabalho dos cinco profissionais que precisaram viajar ininterruptamente para as audiências de conciliação. Conforme a Revista Jurídica (Conjur)<sup>1</sup>, os pedidos de indenização por danos morais, quase todos idênticos, somam mais de R\$ 1,3 milhão. Para responder a esse tipo de processo se faz necessário comparecer às audiências, de modo que até o dia 10 de junho, comparecendo a 19 audiências, os jornalistas já haviam percorrido mais de seis mil quilômetros dentro do estado do Paraná. Nas palavras de

---

<sup>1</sup> S.a. [em linha] < <http://www.conjur.com.br/2016-jun-07/magistratura-parana-articula-atacar-jornal-tribunais>> [13 agosto 2016].

Leonardo Mendes Júnior, diretor do jornal Gazeta do Povo, uma “ação orquestrada” dos juízes e promotores que “é um atentado gravíssimo à liberdade de expressão, à liberdade de imprensa, à liberdade de informação ao público ao público aquilo que é de interesse público”<sup>2</sup>.

Os processos seguem um modelo fornecido pela Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), como ficou comprovado após mensagem de áudio enviada por Frederico Mendes Júnior, presidente da Associação<sup>3</sup>. Para este, “não há tentativa de intimidação, mas sim, exercício de um direito constitucional que é o direito de ação”, mencionado em entrevista concedida ao Jornal Folha de São Paulo, reproduzida pela Conjur<sup>4</sup>.

O caso teve repercussão nacional, periódicos como Folha de São Paulo e o Estadão, dentre outros, publicaram matérias sobre a atitude dos magistrados e a Associação Nacional de Jornais (ANJ) divulgou que o jornal receberá o “Prêmio ANJ de Liberdade de Imprensa de 2016”. A Associação Brasileira de Imprensa (ABI) também se manifestou em favor dos jornalistas, classificando como “retaliação” e “inaceitável constrangimento” as ações contra os profissionais responsáveis pelas reportagens<sup>5</sup>. Já a Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ), denunciou no 29º Congresso Internacional de Jornalistas, na França, a ação como um atentado à liberdade de imprensa. Do mesmo modo, a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo, o Sindicato de Jornalistas do Paraná e o Instituto dos Advogados do Paraná também se manifestaram em favor da liberdade de imprensa e em defesa do jornal e de seus jornalistas.

A Organização Artigo 19<sup>6</sup> divulgou nota de repúdio, intitulada: “Organização de Direitos Humanos repudia intimidação de magistrados a jornalistas do Paraná”, na qual entre outras observações destacou que “esse tipo de intimidação contra comunicadores não é só um

---

<sup>2</sup> Ação orquestrada de juízes é um atentado à liberdade de expressão, diz diretor da Gazeta do Povo. [em linha] <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/acao-orquestrada-de-juizes-e-um-atentado-gravissimo-a-liberdade-de-expressao-diz-diretor-da-gazeta-do-povo/>>. [15 agosto de 2016].

<sup>3</sup> A mensagem foi enviada pelo presidente da Amapar, Frederico Mendes Júnior aos juízes interessados em mover ações, e divulgada pelo jornalista Zé Beto. Segue mensagem na íntegra: “Já estamos providenciando um modelo de ação individual, feito a muitas mãos, por vários colegas, e com viabilidade de êxito, pra que cada um na medida do possível e respeitadas às peculiaridades do que foi divulgado ali, possa entrar com sua ação judicial, caso considere conveniente”. [em linha] <[http://www.zebet.com.br/acoes-como-reacao/#.V6-BV\\_krLIX](http://www.zebet.com.br/acoes-como-reacao/#.V6-BV_krLIX)>. [13 agosto 2016].

<sup>4</sup> S.a. [em linha] <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-07/magistratura-parana-articula-atacar-jornal-tribunais>>. [13 agosto 2016].

<sup>5</sup> S. a. [em linha] <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/06/1780152-acoes-contr-jornalistas-do-parana-sao-constrangimento-afirma-abi.shtml>> [13 agosto 2016].

<sup>6</sup> Organização não governamental de direitos humanos, de 1987, que atua na promoção e defesa do direito à liberdade de expressão e de acesso à informação em todo o mundo.

ataque aos direitos individuais desses profissionais, mas também um ataque ao direito coletivo de informação de toda a sociedade”<sup>7</sup>.

Em meio à via crucis a qual estavam submetidos os profissionais de imprensa, o jornal Gazeta do Paraná entrou com liminar para que as ações fossem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), uma vez que os membros do judiciário do estado constituíam direta ou indiretamente, parte interessada na ação. Tal pedido se justifica, a partir do artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos que versa que “toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”, bem como do artigo 102, “n”, da Constituição Federal, que assegura ser competência do STF o julgamento da “ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados”.

Em 24 de maio a Ministra do STF, Rosa Weber negou deferimento ao pedido do jornal Gazeta do Povo e recorreu de sua própria decisão em 30 de junho, concedendo medida cauteladora suspendendo todas as ações até julgamento do mérito pelo Supremo Tribunal Federal, retirando o caso da esfera do judiciário paranaense. Na liminar, a ministra diz, entre outras, que:

Não há dúvida de que a restrição à crítica tende a propiciar um ambiente percebido como mais confortável por alguns. O regime democrático, contudo, não tolera a imposição de ônus excessivos a indivíduos ou órgãos de imprensa que se proponham a emitir publicamente opiniões, avaliações ou críticas sobre a atuação de agentes públicos ou privados. Os riscos envolvidos no exercício da livre expressão, em tais hipóteses, não podem ser tais que apresentem permanente e elevado potencial de sacrifício pessoal como decorrência da exteriorização das manifestações do pensamento relacionadas a assuntos de interesse público, real ou aparente. Um sistema que sujeita a manifestação de opiniões e críticas ligadas a questões de interesse público a riscos sobremodo elevados traduz efetivo modo apofático de censura prévia, na medida em que induz, pela intimidação e pelo medo, o silêncio das consciências. O ônus social é enorme e o prejuízo à cidadania manifesta<sup>8</sup>

<sup>7</sup> S.a. [em linha]. <<http://artigo19.org/blog/2016/06/14/organizacao-de-direitos-humanos-repudia-intimidacao-de-magistrados-a-jornalistas-do-parana/>>. [13 agosto 2016].

<sup>8</sup>s.a. [em linha]. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL23899.pdf>>. [16 de agosto 2016].

O caso segue aguardando apreciação por essa instância. Também se pronunciou em favor dos profissionais de imprensa, a ministra Cármen Lúcia que assumirá a presidência do STF, para um mandato de dois anos a partir de setembro de 2016. Para a Ministra, as ações “deram um novo sentido à expressão censura judicial”<sup>9</sup>.

### 3. Liberdade de expressão: um direito fundamental

Entende-se por liberdade de expressão o conjunto de direitos, garantidos ao indivíduo, com relação à busca, aquisição, manifestação e troca de ideias e informações, com ou sem intermédio de terceiros através de fontes orais, escritas, artísticas e de quaisquer meios de comunicação. De acordo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em sua Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão:

A liberdade de imprensa é essencial para a realização do pleno e efetivo exercício da liberdade de expressão e instrumento indispensável para o funcionamento da democracia representativa, mediante a qual os cidadãos exercem seu direito de receber, divulgar e procurar informação.

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19º, “todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”. Já a Constituição Federal dedica o artigo 220, parágrafos, 1º e 2º às demandas relativas à manifestação do pensamento e à liberdade de informação jornalística. Para Silva<sup>10</sup>:

A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídico especial.

Vale destacar, portanto, que a liberdade de expressão se constitui um dos direitos fundamentais da pessoa humana. Também são direitos fundamentais, por exemplo, o direito de resposta, a liberdade de reunião, a liberdade de crença e convicção política, o direito

<sup>9</sup> s.a [em linha]. <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-01/rosa-weber-suspende-acoas-juizes-jornalistas-parana>>. [16 de agosto 2016].

<sup>10</sup> Silva, José Afonso. *Aplicabilidade da norma constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 247.

fundamental à intimidade e privacidade, entre outros. Direitos estes assegurados pela Constituição.

É importante frisar que o direito de resposta foi concedido para as entidades que representam os juízes e promotores como a Associação dos Magistrados Paranaense (AMAPAR) e a Associação Paranaense do Ministério Público (APMP), com base no artigo 5º da Constituição, inciso V e da lei 13.188 de 2015, que “dispõe sobre o direito de resposta em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação”. Na publicação, as entidades esclarecem entre outros pontos que:

Os valores cujos montantes foram considerados como excedentes ao teto dizem respeito a verbas de natureza indenizatória, majoritariamente decorrentes de pagamentos não realizados ao longo de vários anos em razão dos limites orçamentários impostos às referidas instituições. Ou seja, pela sua específica natureza, diversa de “salário” ou subsídio, não estão sujeitos ao limitador constitucional, conforme consolidado entendimento do Supremo Tribunal Federal, noticiado, inclusive, pelo próprio jornal em matéria veiculada eletronicamente no dia 18/11/2015 e na edição impressa de 19/11/2015.

Entretanto, o direito de resposta não foi considerado satisfatório, pois juízes e promotores desencadearam uma série de ações contra o jornal e os profissionais envolvidos na publicação das reportagens. Vale destacar, que a utilização desse tipo de assédio judicial para intimidar e tentar calar jornalistas não é inédita e já foi utilizada em 2007 contra a jornalista da Folha de São Paulo, Elvira Lobato, que após o jornal publicar reportagem assinada pela jornalista, intitulada: “Universal chega aos 30 com império empresarial” na qual abordava o crescimento do patrimônio da igreja proprietária de inúmeras empresas, entre estas emissoras de rádio e a emissora de televisão, a TV Record, e de seus dirigentes, também enfrentou uma série de ações. Foram impetrados 112 processos contra a jornalista e o jornal Folha de São Paulo, em várias cidades do país em juizados especiais, por pessoas vinculadas a Igreja Universal, que exigiam indenizações por danos morais.

Para além da assertiva de que veículos de imprensa constituem-se, também em instituições de ordem privada e de caráter empresarial, e, portanto, passíveis de pecar em algum momento sejam pela falta de veracidade ou imparcialidade, entende-se que a característica de distinção principal entre liberdade de expressão e liberdade de comunicação reside justamente no caráter do interesse coletivo. Para Karam trata-se de uma característica ontológica-moral da profissão.

Nada mais contrário à essência do jornalismo do que pautas, temas e declarações homogêneos, que tentam gerar o consenso forçado ou o “pensamento único”. E assim, por convicção, há o reconhecimento, em códigos e declarações empresariais, de que o público e o interesse público são soberanos e o maior valor dos veículos – da informação jornalística – depende a sua credibilidade social e daí, sua sobrevivência como empresa<sup>11</sup>.

Ora, qual a intencionalidade de um jornal ou empresa de comunicação em noticiar informações da natureza da temática aqui em debate, se não a de atender sua missão de divulgar conteúdos de interesse público.

#### **4. Sobre ética e função social do jornalismo**

A atividade jornalística é uma prática social e como tal apresenta sua própria história, de modo que a concepção que se tem hoje é distinta de outros momentos da história dessa atividade. Para além de uma concepção romantizada do jornalismo que perpassou definições como “o quarto poder” ou “princípio da responsabilidade social”, sobrevive a noção intrínseca da função social. Bill Kovach e Tom Rosenstiel<sup>12</sup> elencaram uma lista com nove itens indispensáveis à prática cotidiana do fazer jornalístico. Tais características são representativas do espírito da missão dessa profissão:

1. A primeira obrigação do jornalismo é a verdade.
2. Sua primeira lealdade é com os cidadãos.
3. Sua essência é a disciplina da verificação.
4. Seus profissionais devem ser independentes dos acontecimentos e das pessoas sobre as que informam.
5. Deve servir como um vigilante independente do poder.
6. Deve outorgar um lugar de respeito às críticas públicas e ao compromisso.
7. Tem de se esforçar para transformar o importante em algo interessante e oportuno.
8. Deve acompanhar as notícias tanto de forma exaustiva como proporcionada.
9. Seus profissionais devem ter direito de exercer o que lhes diz a consciência.

Apesar da emergência do chamado jornalismo de mercado perpassado por transformações como: 1. Modificações na estrutura das empresas de comunicação e a consequente submissão da produção jornalística à lógica de exploração do sistema capitalista (afirmação dos chamados conglomerados de mídia); 2. Surgimento de novos atores dedicados à mediação jornalística; e 3. O declínio da objetividade, em parte resultante da busca por leitores mais jovens por meio da produção de notícias em formatos mais atrativos, o imperativo da função da prestação de serviço à sociedade levando informação de interesse

<sup>11</sup> Karam, Francisco José. *A ética jornalística e o interesse público*. São Paulo: Summus, 2004, pp. 91-92.

<sup>12</sup> Kovach, Bill; Rosenstiel, Tom. *Os Elementos do Jornalismo. O que os jornalistas devem saber e o público exigir*. São Paulo, Geração, 2003, pp. 22-23.

público permanece como missão e mesmo como justificativa de sua existência enquanto prática. Para Medina (1982) a negação deste caráter, ou seja, da missão social da profissão representaria um certo complexo de inferioridade do jornalista que ainda “não se convenceu de seu papel social e rejeita em bloco esse trabalho de estiva, de pequenos grãos de areia perdidos no deserto”.

Karam<sup>13</sup> lembra a Declaração de Chapultepec, assinada no México em 1994 em conferência organizada pela Sociedade Interamericana de Imprensa, que estabelece em 10 artigos, os princípios do jornalismo e a forma de atuação da imprensa nas Américas, e transcreve um de seus artigos: “A credibilidade da imprensa está ligada ao compromisso com a verdade, à busca de precisão, imparcialidade e equidade, e à clara diferenciação entre as mensagens jornalísticas e as comerciais”. Para o autor, os periódicos brasileiros também aderem a esses princípios, pois imergem de empresários associados à Sociedade Interamericana de Imprensa. “Assim, nota-se que as informações de interesse público, difundidas assim que ocorrem os eventos, devem estar acima de quaisquer interesses particulares, e tal tarefa é da essência do jornalismo”.

Já Bucci alerta que “o jornalismo tange a esfera do poder, critica e vigia os governantes e, nesse sentido, é uma atividade social marcadamente política – mas é política pela informação, pela opinião, e não pelo partidarismo”. Para este autor “as sociedades precisam da imprensa como uma espécie de agente fiscalizador. Sociedades marcadas por abismos sociais, como a brasileira, precisam ainda mais”<sup>14</sup>.

Ao encontro dessa premissa, segue a opinião dos que fazem a organização não-governamental Artigo 19, sobre a atitude dos jornalistas e do periódico paranaense, que diz que: “a matéria em si cumpre uma função de debate e transparência – a divulgação dos salários dos magistrados é desejável por cumprir requisitos de transparência na administração pública”<sup>15</sup>.

Nas duas reportagens percebe-se claramente o caráter da objetividade de reportar, noticiar um fato. Em nenhum momento os jornalistas esboçam opiniões. Os textos não são acompanhados de artigos de opinião, mas se apresentam em narrativa informativa e com elementos ilustrativos como infográficos que demonstram dados de conhecimento público e

---

<sup>13</sup> Karam, Francisco José. *A ética jornalística ...* pp. 93-94.

<sup>14</sup> Bucci, Eugênio. *Sobre ética e Imprensa*. São Paulo: Companhia das letras, 2008, p. 175.

<sup>15</sup> s.a. [em linha]. <<http://artigo19.org/blog/2016/06/14/organizacao-de-direitos-humanos-repudia-intimidacao-de-magistrados-a-jornalistas-do-parana/>>. [15 de agosto 2016].

acessível a qualquer cidadão através do Portal da transparência do Tribunal de Justiça, de modo que, neste caso, atendem ao que Bucci<sup>16</sup> defende como prática ética e adequada:

Do mesmo modo que é preciso zelar para que a independência de cada repórter contribua para a independência final do veículo, é preciso ajudar o leitor a distinguir o que é opinião do que é informação. Daí vem a antiga norma ética de separar aos olhos do público o que são artigos opinativos (que expressam visões subjetivas) do que são as reportagens (que tem a pretensão de objetividade)

Para Chaparro<sup>17</sup>, “a âncora ética do jornalismo, da qual deriva a responsabilidade moral de cada jornalista pelo seu fazer, é o direito individual e universal de investigar, receber e difundir informações e opiniões”. O autor diz ainda, que “o jornalismo é o elo que, nos processos sociais, cria e mantém as mediações viabilizadoras do direito à informação”. Para ele “eis aí o vínculo com o princípio ético universal que deve orientar a moral das ações jornalísticas e em função da qual o jornalista assume a responsabilidade consciente pelos seus fazeres profissionais”. Por outro lado, cabe lembrar que a função de juízes e promotores constitui função pública, e que a remuneração deles faz parte de um debate público necessário.

## 5. Considerações finais

Esse tipo de ação constitui embaraço ao livre exercício da profissão. Obrigar o jornalista a parar suas atividades pessoais e profissionais para comparecer as audiências em cidades distintas, chega a ser um abuso de poder, considerando tratar-se de uma ação estratégica e coordenada para ferir a liberdade de imprensa no seu direito e dever de informar. Desgastar profissionalmente e financeiramente com ações judiciais coordenadas é, acima de tudo, tentar coibir futuras reportagens de caráter investigativo. A prática castradora é danosa tanto quanto a censura, caso não seja combatida com veemência, dado o histórico de luta pela liberdade de expressão e de comunicação pelo qual o país já passou.

---

<sup>16</sup> Bucci, Eugênio. *Sobre ética* .... p. 107.

<sup>17</sup> Chaparro, Manuel Carlos. *Pragmática do Jornalismo: buscas práticas para uma teoria da ação jornalística*. São Paulo: Summus, 2007, pp. 33-34

## Referências Bibliográficas

- Brasil. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- Bucci, Eugênio. *Sobre ética e Imprensa*. São Paulo: Companhia das letras, 2008.
- Chaparro, Manuel Carlos. *Pragmática do Jornalismo: buscas práticas para uma teoria da ação jornalística*. São Paulo: Summus, 2007.
- Karam, Francisco José. *A ética jornalística e o interesse público*. São Paulo: Summus, 2004.
- Kovach, Bill; rosenstiel, Tom. *Os Elementos do Jornalismo. O que os jornalistas devem saber e o público exigir*. São Paulo, Geração, 2003.
- Medina, Cremilda. *Profissão jornalista: responsabilidade social*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1982.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos* [em linha]. s.e. 1948. <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. [10 agosto 2016].
- Pessoa, Flávia Moreira Guimarães. “A liberdade de expressão e sua deficiente regulamentação no ordenamento jurídico pátrio” [em linha]. *Conteúdo Jurídico*, 2009. <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-liberdade-de-expressao-e-sua-deficiente-regulamentacao-no-ordenamento-juridico-patrio,22938.html>>. [18 novembro 2010].
- Silva, José Afonso. *Aplicabilidade da norma constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- Supremo Tribunal Federal. [em linha]. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL23899.pdf>> [10 agosto 2016].
- Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão. [em linha]. <[www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/principiosLE.pdf](http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/principiosLE.pdf)>. [10 agosto 2016].



*IV.2. LIBERTAD DE MOVIMIENTO  
Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES*



# EL ALCANCE (DE)LIMITADO DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS ANTE LA ACTUAL CRISIS MIGRATORIA EN LA UNIÓN EUROPEA

## THE LIMITED SCOPE OF THE INTERNATIONAL SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS TO THE CURRENT MIGRATORY CRISIS IN THE EUROPEAN UNION

Encarnación La Spina

*Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe. Universidad de Deusto*

**Resumen:** En el actual contexto de crisis migratoria la salvaguardia de un estándar mínimo exigible de derechos para las personas migrantes es un reto emergente. Este trabajo trata de analizar el alcance de las limitaciones selectivas previstas en la categorización convencional de los derechos humanos a la hora de proteger las personas migrantes como sujetos de derechos en la Unión Europea.

**Palabras clave:** Migrantes, Derechos, Estándar mínimo internacional, Categorización, Unión Europea.

**Abstract:** In the current context of migration crisis the safeguard of an enforceable minimum standard of rights for migrants is an emerging challenge. This paper attempts to analyze the scope of selective limitations fixed in conventional categorization of human rights in order to protect migrants as subjects of rights in the European Union.

**Keywords:** Migrants, Rights, International minimum standard, Categorization, European Union.

### 1. Introducción

Actualmente, las erráticas voluntades de los Estados europeos que articulan con cierta desidia las diferentes situaciones de movilidad humana han propiciado una sucesión de limitaciones en la configuración del *ius migrandi* y en especial del derecho de asilo. Teniendo en cuenta el alcance de estos contextos de crisis migratoria en la Unión Europea, de un lado, se desarrolla una sintética reubicación de las personas migrantes en la teoría general de los derechos humanos, por medio de una matización de la vinculación entre los procesos de especificación y de internacionalización. Y, de otro lado, tras este desarrollo teórico se analiza en concreto el alcance (de)limitado de los derechos de las personas migrantes en los términos previstos por la Convención internacional de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares así como por la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados, ambas verdaderas guías de acción para resolver esas tensiones.

## 2. Las personas migrantes en la teoría general de los derechos humanos: una reubicación sintética

Una rápida aproximación teórica a la evolución de los derechos humanos desde el proceso de positivación, generalización, internacionalización y especificación<sup>1</sup> permite comprobar como afirma De Lucas que la relación entre derechos humanos e inmigración rebasa largamente el marco concreto de los derechos de los “grupos vulnerables” y por ende una posible manifestación *stricto sensu* del proceso de especificación de sus derechos. Ello es así, porque los derechos humanos en el contexto migratorio, en cierto modo, no se encuentran en un proceso de positivación/especificación similar al de otros grupos considerados vulnerables. De un lado, porque adolecen de una referencia expresa o modélica equiparable a otros colectivos en el plano teórico y de otro lado porque no se produce una ruptura o superación de la consideración de un destinatario genérico ante la persistencia del vínculo nacional.

El proceso de especificación es un proceso históricamente contingente, en el que gradualmente han ido entrando nuevas categorías de personas, dada la insuficiencia de los niveles alcanzados en la realización de los derechos humanos con respecto a determinados colectivos. Una necesidad debida a la concurrencia de circunstancias o situaciones derivadas de una condición social o cultural de personas que se encuentran en situación de inferioridad en las relaciones sociales y que necesitan una protección especial, una garantía o una promoción para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad. O bien, para atender a condiciones generales y especiales de personas que por alguna razón se encuentran en una situación de inferioridad en las relaciones sociales. En definitiva, se trata de considerar la construcción de estatus sociales que por razones culturales, físicas o psicológicas llevan supuesta una debilidad o vulnerabilidad que el Derecho intenta paliar o corregir como contrapunto a los modelos genéricos de destinatarios de los derechos fundamentales<sup>2</sup>.

Desde un plano terminológico, el *iter* de especificación, atendiendo a sus posibles variantes de titularidad y contenidos, ha sido igualmente controvertido. Respecto a su propia definición, Bobbio<sup>3</sup> ha desaconsejado la oportunidad de la

---

<sup>1</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio et. Al. *Curso de derechos fundamentales I Teoría general*, Madrid: BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1991, pp. 154-156.

<sup>2</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio et al. *Curso de derechos fundamentales*, ..... p. 155.

<sup>3</sup> Vid. Bobbio, Norberto. *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990 en (Traducción castellana de Rafael de Asís Roig *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 1991, pp. 109 ss).

especificación como tal, optando por referirse a ella como “el paso gradual, pero cada vez más acentuado hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos”. O bien, en perspectiva sinonímica se ha referido al mismo en términos de un proceso de concreción, entendido no sólo como la selección de acuerdo a circunstancias o condiciones, sino incluso la matización de lo ya existente en base a la aportación de nuevos elementos con vistas a enriquecer y completar lo anterior. En cierto modo, una enumeración sinonímica: la especificación, la graduación, la determinación, la acentuación, la categorización<sup>4</sup> seguida por la matización o la concreción marcada por la firme voluntad de conseguir que estos derechos se prediquen y garanticen con carácter general respecto a todas las personas integrando los grupos vulnerables o los colectivos excluidos<sup>5</sup>. Así, la expresión “grupos vulnerables” ha cobrado fuerza como contrapunto del “destinatario genérico” en esta fase, si bien tiende en exceso a homogeneizar las situaciones de inferioridad o marginación en las estructuras y relaciones sociales, tanto por sus connotaciones negativas (al implicar un estado de inferioridad inherente a los sujetos) como por sus inexactitud fáctica (al asumir que toda persona perteneciente a uno de estos grupos se encuentra en situación de vulnerabilidad permanente). De ahí que en cualquier caso, es preferible un uso más ajustado indicando que están sujetos a violaciones de derechos fundamentales y situaciones de vulneración, exclusión y discriminación no necesariamente coincidentes.

Ahora bien, la reubicación de los inmigrantes en la teoría de los derechos viene siendo más compleja dadas sus implicaciones jurídico-políticas al soslayar o legitimar varios matices relacionados especialmente con la justificación de la elección normativa, en una tendencia simplista tanto respecto a ciertas circunstancias consideradas, entre otras la de trabajador-huésped o padre de familia como aquéllas que sólo intentaban enfatizar la presencia de inmigrantes autorizados pero reconocidos y autorizados pero no reconocidos<sup>6</sup>. Así, de un lado, la evolución del reconocimiento de los derechos humanos en estas tres fases progresivas se transmuta como advierte Ara Pinilla para las personas migrantes en una “manifiesta regresión al estadio de una positivación excluyente”, con la consiguiente involución o regresividad. Una regresión que en el

---

<sup>4</sup> Saroléa, Sylvie. *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Collection du centre des Droits de l'Homme de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles: Bruylant, 2006, esp. p. 54.

<sup>5</sup> Ramiro Aviles, Miguel Ángel, Cuenca Gómez, Patricia. *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Madrid: Dykinson, 2010, pp. 9-38.

<sup>6</sup> Vid. Sassen, Saskia. *Contrageografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*. Madrid: Traficantes de sueños, 2003, esp. p. 87.

caso de los derechos de las personas migrantes se convierte en agravante por la forzada convivencia con un estatus personal de acceso a los derechos nítidamente diferenciado según las competencias discrecionales de los Estados<sup>7</sup>. Las personas migrantes y sus derechos presentan una discriminación diferente y un cierto sentido anterior a otros colectivos vulnerables porque como bien sostiene el mismo autor no se sitúa exclusivamente en el nivel de realización de los derechos, sino también sobre todo en el reconocimiento de su titularidad y su posterior exclusión de determinados derechos fundamentales. De este modo, se institucionaliza el disfrute privilegiado de ciertos derechos que vienen a romper su propia consideración como derechos universales, unos derechos de incuestionable exigencia frente a los demás<sup>8</sup>. Mientras que los otros colectivos reciben una discriminación interna y no selectiva del propio ejercicio pese a ser muchas las dificultades para poder disfrutar efectivamente de los derechos que se les reconocen<sup>9</sup>.

Por ello, atendiendo a ambos considerandos, en el caso de las personas migrantes y sus derechos, a diferencia de posibles paralelismos con las mujeres fruto de una aproximación teórico-expositiva, el ápice integrador y correctivo del proceso de especificación no resulta tan operativo o no lo es bajo las mismas coordenadas. La situación de inferioridad supuesta para los inmigrantes es creada por el Derecho convencional como analizaré a continuación en la medida en que no solo se intenta paliar o corregir sino más bien el afán radica en perpetuar diferencias para fundamentar su propia existencia. No en vano, como sostiene De Asís, en el caso concreto de los inmigrantes se debería hablar más bien de la necesidad de “un nuevo proceso de generalización de derechos fundamentales dado que en su origen estaban tales derechos realmente garantizados para una minoría privilegiada de la sociedad”<sup>10</sup> de la que tampoco participaban los extranjeros como no ciudadanos.

Si el proceso de generalización promueve el intento de compaginar la idea de igualdad formal con la universalidad por medio de la satisfacción de los derechos a todos los sujetos y la ampliación del catálogo de derechos<sup>11</sup>. En cambio, el proceso de especificación supone en lo básico el reconocimiento de derechos a sujetos y colectivos

---

<sup>7</sup> Ara Pinilla, Ignacio. “La categorización conceptual de los derechos de los inmigrantes” en Miraut Martín, Laura, *Justicia, migración y Derecho*. Madrid: Dykinson, 2004, pp. 113-126, esp. p. 114.

<sup>8</sup> Ramiro Aviles, Miguel Ángel, Cuenca Gómez, Patricia. *Los derechos humanos: la utopía, .....*, p.34.

<sup>9</sup> Ara Pinilla, Ignacio. *La categorización conceptual de los derechos de los inmigrantes, .....*, p. 116.

<sup>10</sup> De Asís Roig, Rafael. *Sobre la participación política.....*, p. 253. Vid. Ara Pinilla, Ignacio. *La categorización conceptual de los derechos .....*, p. 117.

<sup>11</sup> De Asís Roig, Rafael, *Hacia una nueva generalización.....*, p. 37.

concretos, implicando una idea de igualdad material o diferenciación positiva. Se trata de proteger a ciertos individuos y colectivos que se encuentran en una situación especial por medio del reconocimiento de derechos específicos. De ahí que, es posible concluir que esta máxima se ve cumplida en la medida en que implica a todas las personas mayores, a todas las mujeres, a todos los discapacitados pero no se puede decir lo mismo de todos los inmigrantes, pues la totalidad no es de todos los que son o podrían/deberían ser.

### **3. El alcance (de)limitado de la proyección de los derechos de las personas migrantes en el estándar internacional**

El denominado proceso de especificación de los derechos según Peces Barba se integra en la evolución de los derechos fundamentales en cuanto a los titulares y al contenido. En este caso y desde un afán más provocativo, el discurso de las limitaciones o (de)limitaciones obliga a una especie de test sobre la coherencia<sup>12</sup> de la concepción del inmigrante, los derechos humanos y la voluntad política de tomarlos en serio desde el marco de la Convención internacional de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares<sup>13</sup>. Pues implica como sostiene Nafziger<sup>14</sup>, apoyar la proyección del contenido de los derechos y los titulares sobre cuatro relaciones: a) La superposición de derechos existentes; b) La extensión de los derechos existentes; c) La creación de nuevos derechos y d) La limitación de los derechos existentes. Y, de igual modo, este esquema se reproduce en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados. Antes de considerar la primera relación y *a posteriori* abordar las siguientes es imperativo recordar la concurrencia de algunos principios vertebradores como el *pro homine (pro personae)*, en cuanto criterio hermenéutico que exige aplicar la norma más amplia, el de interpretación más extensiva, “siempre a favor de la persona” debiendo justificarse las restricciones y no a la inversa.

---

<sup>12</sup>Aleinikoff, Thomas Alexander. “International legal Norms on migration: substance without architecture”, in Cholewinski, Ryszard; Perruchoud, Richard; Macdonald, Euan. *International migration law. Developing paradigms and key challenges*. The Hague: TMC Asser Press, 2007, pp. 467-479, esp. p. 479.

<sup>13</sup> Camós Victoria, Ignacio, Rojo Torrecilla, Eduardo. “La convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias”. *Migraciones*, 16, 2004, pp. 7-40.

<sup>14</sup> Nafziger, James A. R.; Bartel, Barry C. “The migrant workers Convention: Its place in Human rights Law”. *International Migration Review*, 25 (4), 1991, pp. 771- 788, esp. p. 775.

### 3.1 Limitaciones en la Convención internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

A pesar de la no ratificación por los Estados miembros de la Unión Europea de esta Convención una de sus aportaciones es apelar por primera vez a una necesidad específica de provisión de garantías adicionales para las personas migrantes. Si bien sea un demérito que lo sea sólo para ciertos trabajadores migratorios y de sus familiares portadores de una situación administrativa debidamente documentada.

En efecto, ahondando en las limitaciones derivadas del propio *nomen iuris* del instrumento internacional se confirma un desacentuado “paso gradual” en relación a la protección de los derechos humanos de “todos” los inmigrantes, léase los trabajadores migrantes y los familiares. Básicamente por qué el uso/abuso de adjetivaciones o subcategorías acuñadas redundan en perpetuar la posible existencia de una situación anómala. Todo ello, pese a que entre las pretensiones de este instrumento internacional están: incorporar el principio de no discriminación en el reconocimiento de derechos; reconocer los derechos humanos de los trabajadores migrantes no documentados; conceder derechos adicionales de carácter económico, social y cultural a los trabajadores documentados y eliminar los movimientos ilegales<sup>15</sup>.

Se retroalimenta así el recurso a situaciones de inferioridad por medio del trato diferenciado y la construcción de una pirámide jurídica convencional que sitúa en su base al inmigrante indocumentado por oposición al que reúne las condiciones legales, impidiendo así al inmigrante, según su situación administrativa, el pleno disfrute de los derechos. La perversión de esa lógica jurídica y su aproximación resulta confusa pues promueve indirectamente unos derechos específicos en vía premial, por medio de un listado aparte de los que sí se reconocen al conjunto de aquellos que responden a la noción de trabajadores migrantes y familiares deseados<sup>16</sup>. Una singular especificación normativa que según Nafziger plantea, en base a lo circunstancial, problemas en la

---

<sup>15</sup> De Lucas Martín, Javier, Ramón Chornet, Consuelo, Solanes Corella, Ángeles, *Informe sobre la necesidad y oportunidad de la ratificación por España de la Convención internacional de la organización de las Naciones unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios*, DIM Catalunya, Generalitat Catalana, 2009, esp. p. 9.

<sup>16</sup> De Lucas Martín, Javier. “El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante”. Mariño Menéndez, Fernando M. (coord.). *Un mundo sin desarraigo. El Derecho internacional de las Migraciones*. Madrid: Libros de la Catarata, 2006, pp. 29-56.

interpretación de los derechos por la situación concreta del país receptor y no más bien por razones de satisfacción de necesidades y equiparación de poder <sup>17</sup>.

Una vez más la Convención no crea derechos nuevos para los inmigrantes, aunque sea cierto que el espíritu que la inspira es de carácter defensivo y económico-utilitarista. De hecho, no lleva a cabo una ruptura con el formalismo ni alcanza máximos respecto a la protección de los derechos de los inmigrantes en situación irregular aunque sea su aparente pretensión<sup>18</sup>. Al contrario, la propia Convención autorregula las limitaciones “salvo cuando en ella se disponga otra cosa” admitiendo así diferencias explícitas entre los distintos derechos de los trabajadores migrantes y de sus familiares. En efecto, forzando la compatibilidad con su objeto y fin que es el principio de no discriminación, dedica una parte III a los Derechos Humanos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares mientras que en la parte IV se refiere a otros derechos adicionales de los trabajadores migrantes y sus familiares que estén documentados o no se encuentren en situación irregular.

En la tercera parte, no se amplían los derechos dispuestos en los principales tratados internacionales antes mencionados, de ahí que no se pueda considerar realmente que se produzca una concreción del contenido o medidas de promoción efectiva de los derechos sino simplemente una especificación del sujeto migrante como trabajador por cuenta ajena o sus familiares<sup>19</sup>. De ahí que aún siendo destacable el carácter internacional “falsamente” universal que persigue la Convención, los derechos que incorpora en buena medida se conciben desde una perspectiva minimalista (en relación a otras disposiciones internacionales) concretándolos en varias ocasiones con carácter facultativo y no imperativo para los Estados.

Mientras que sólo la parte IV de la Convención, en los artículos 38 a 56, delimita exclusivamente y con preceptiva exclusión de sujetos los derechos adicionales de los trabajadores migratorios documentados y sus familiares. Así como la previsión explícita de que un Estado pese a su competencia discrecional no podrá expulsar a un trabajador migrante o a sus familias “salvo por razones definidas en la legislación nacional de ese Estado” y en ningún caso “como medio de privar a un

---

<sup>17</sup> Nafziger, James A. R., Bartel, Barry C., *The migrant workers Convention.....* p. 787. De Asis Roig, Rafael. *Hacia una nueva generalización .....*p. 51.

<sup>18</sup> Cholewinski, Ryzard, “The rights of migrant workers”, esp. p. 464.

<sup>19</sup> De Lucas Martín, Javier, Ramón Chornet, Consuelo, Solanes Corella, Ángeles. *Informe sobre la necesidad y oportunidad .....* p. 10-11.

trabajador migrante o a un familiar suyo de los derechos emanados de la autorización de residencia y del permiso de trabajo”.

Por este motivo, como herramienta eficaz extraña el marco conceptual de la Convención por la falta de reconocimiento al inmigrante de su propia titularidad, en la medida en que según Bosniak<sup>20</sup> constituye una clara “institucionalización-sanción” de un segundo o tercer status para los inmigrantes no documentados y temporales, así como las olvidadas trabajadoras domésticas<sup>21</sup>. Si bien, tal y como con acierto advierte Ferrajoli<sup>22</sup>, “el Derecho Internacional parece ir apuntando en la dirección correcta” como la auténtica norma básica, por encima de las fronteras en defensa de los derechos fundamentales, inviolables, naturales e inalienables. Ello, no parece ser predicable de la Convención porque como recuerda Bobbio no es oportuno usar fórmulas persuasivas - “todos”- sin valor teórico creando confusión sobre los derechos y por extensión el sujeto reivindicado y el reconocido<sup>23</sup>. No en vano, no todos los inmigrantes se consideran como trabajadores ni cualquier relación es catalogable como familiar. Máxime si el artículo 5 establece la distinción fundamental entre trabajadores migratorios documentados o en situación regular y sus familiares, aquellos que han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte frente a los que no cumplen esas condiciones por ser indocumentados o en situación irregular.

En definitiva, se utiliza así abiertamente la expresión “todos los trabajadores migratorios” hasta desgastarla en cuanto no es equiparable a todas las personas migrantes. Más bien sólo si éste haya estado o vaya a estar sujeto a una actividad remunerada en un Estado del que no es nacional porque en exclusiva la movilidad por actividad laboral con o sin familias puede acreditar o reconocer al inmigrante como titular de una especial categorización de derechos para dotar de garantías jurídicas un estatuto jurídico varado en el paradigma de la nacionalidad y no en la residencia”<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup>Bosniak, Linda S., “Human rights, State sovereignty and the protection of undocumented migrants under the International Migrant Workers Convention”, *International Migration Review*, 25 (4), 1991, pp. 737-770, esp. p. 759.

<sup>21</sup> Convenio n. 189 sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos 2011 y Recomendación n. 201 sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos 2011.

<sup>22</sup> Vid. Ferrajoli, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”. En *Jueces para la Democracia*, n.º 16/17, 1992, pp. 9-13, en concreto p. 11.

<sup>23</sup> Vid. Bobbio, Norberto. *L'età dei diritti* .....pp. XVI e XX.

<sup>24</sup> Art. 79 de la Convención “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus

### 3.2 Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados

El núcleo esencial del Derecho Internacional de los refugiados se constituye en 1951 con la aprobación de la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* (en adelante Convención de Ginebra o Convención de 1951), y se completa con las modificaciones previstas en el *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1967 (conocido como Protocolo de Nueva York).

A diferencia de la Convención anterior que tenía un déficit de ratificaciones la protección que confiere el estatuto de refugiado emana de las obligaciones asumidas con la amplia ratificación en la Unión Europea por lo que no está condicionado a la voluntad de los Estados, sino a la concurrencia de los elementos requeridos para su reconocimiento. Su naturaleza como un derecho subjetivo no ha sido pacífica, debido en parte al tenor literal del artículo 14 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* que confiere a todo ser humano derecho a buscar asilo fuera de su país. *A fortiori*, este artículo no tiene su correlato en la Convención de Ginebra, salvo en el preámbulo, lo que ha permitido ahondar en la discusión doctrinal acerca de su titularidad, o su naturaleza como derecho y, en su caso, de qué tipo. Así el cuestionamiento de un “derecho subjetivo al asilo”<sup>25</sup> ha alentado la negativa de algunos estados a considerar este derecho como una facultad, tratando de preservar e incrementar su poder discrecional para ejercer el control sobre todo movimiento transfronterizo hacia su interior. Y, a la misma se suma la interpretación del derecho de asilo como un “derecho de configuración legal”, cuya naturaleza como derecho subjetivo se infiere de la correspondiente regulación nacional. No obstante, el principio de no devolución (o *non-refoulement*) contenido en el artículo 33 de la Convención se convierte en el núcleo de la protección internacional que aporta la figura del asilo, en clara vinculación con los derechos humanos. Dicho principio impone la prohibición de devolución del extranjero que solicita asilo (por lo que la protección se inicia previamente al reconocimiento efectivo del derecho) cuando exista riesgo para su vida y libertad.

Esta suerte de equidistancia del asilo dentro del paradigma de los derechos humanos también es debida a la sobrevaloración del asilo político, frente a los llamados “refugiados económicos”, y la exclusión de otras experiencias de persecución en el momento en el que se aprueba la Convención como son los “refugiados

---

familiares”.

<sup>25</sup> Solanes Corella, Ángeles. “Un decálogo sobre la crisis del asilo en España”. *Sistema*, 218, 2010, pp. 103-122. Peers, Steve. *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary*, Leiden: Brill, 2015.

medioambientales”. Entre ellos, y a parte de las experiencias nacionales, se han aprobado instrumentos regionales en América, África y la Unión Europea que apuntan en direcciones bien distintas<sup>26</sup>. El régimen jurídico de asilo comienza así arbitrando una “situación excepcional” de migración forzada” restringiendo todavía más su contenido por medio de algunas interpretaciones en sentidos divergentes frente a las aportaciones de ciertos métodos interpretativos desde la doctrina para extender la protección a las nuevas formas de persecución. En este sentido, se hace necesaria la “interpretación contextualizada” de los elementos esenciales del régimen de asilo, según la cual, los elementos del concepto normativo de refugiado son suficientes para extender la protección del estatuto, mediante una simple adecuación al contexto al que se aplican.

No obstante los posibles cambios, los Estados instituyen categorías jurídicas diferenciadas entre migración forzada y libre, y entre las categorías de desplazados tanto en uno y otro sentido, algo que influye de forma ambivalente en la regulación del asilo así como en la respuesta del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (conocido por su acrónimo ACNUR) sobre las demandas de protección de los refugiados *de facto*. Estos son, aquellos sujetos que no cumplen los requisitos de la Convención de Ginebra para el reconocimiento del estatuto, pero cuya situación se asemeja tanto, que no existe una razón fuerte para no entenderlos cubiertos bajo su protección y sí garantizar su seguridad.

El concepto de refugiado en el que se hallan los elementos que deben concurrir para el reconocimiento del estatuto se establece en el artículo 1(A)2 de la Convención, según el cual, “a los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

---

<sup>26</sup> “Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Canadá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, se adoptó la *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*. De forma expresa se mencionan las situaciones de “una violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos armados, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. La Organización de la Unidad Africana, de la que surge la actual Unión Africana, adoptó en 1969 la *Convención que regula los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África*. En su artículo segundo, párrafo primero, se refiere a “la concesión de asilo a los refugiados”, como un “acto pacífico y humanitario”, expresión que repite en sus párrafos cuarto y quinto.

En este sentido, los elementos del concepto de refugiado son el acto persecutorio, o el temor fundado a ser perseguido; que se provoque la huida del país de su nacionalidad o residencia habitual; que el solicitante no pueda o no quiera acogerse a la protección de su país de origen o de residencia; y que dicha persecución, o el temor fundado a sufrirla, se deba a motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas. La concurrencia del temor fundado y uno o varios de los motivos, así como la relación causal exigida entre ellos, conforman el presupuesto básico para reconocer el estatuto de refugiado. Este reconocimiento tiene carácter declarativo y no constitutivo. Se trata, por tanto, de un proceso de constatación de una determinada situación fáctica preservando ciertas garantías básicas, y no puede ser resultado de una prerrogativa del Estado que permita fomentar prejuicios e imágenes reduccionistas de los migrantes sobre las políticas de restricción de las posibilidades de acceso al territorio, llegando incluso a obstruir las vías para demandar asilo y ver reconocido un estatuto de protección internacional como el ilegítimo y reprobable Acuerdo UE-Turquía<sup>27</sup>.

#### **4. Algunos considerandos**

Mantener ciertas dosis de conformismo ante el número de ratificaciones de ciertos tratados internacionales sobre protección de los derechos de las personas migrantes no implica tener un sentimiento acrítico sobre las limitaciones previstas en la categorización convencional de tales derechos. Todo ello, máxime si son pretexto para la inacción en la lucha por los derechos. Unas limitaciones o límites no menores, si se advierte que los titulares del denominado proceso de concreción de los derechos han sido sólo los trabajadores migrantes y sus familiares respecto a un contenido tasado que no difiere motivadamente entre el ejercicio y la atribución de ciertos derechos. Y, habida cuenta que el contenido del estatuto de refugiado y los caracteres de la protección de la Convención obedecen a exigencias técnico-formales del derecho exigiendo la creación de categorías y conceptos generales que acaban reforzándolas, aunque no pueden dejar de lado la volubilidad de las situaciones fácticas que se regulan o a los que se pretenden dar respuesta. Como serían por ejemplo los llamados flujos migratorios mixtos.

Si como afirma Ferrajoli, en el orden constitucional, la ciudadanía es el último

---

<sup>27</sup> De Lucas, Javier. *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

status normativo de discriminación, diferencia y privilegio en el campo de los derechos<sup>28</sup>, es posible concluir que respecto a la Convención el último status normativo de discriminación, diferencia y privilegio es la situación administrativa o documental regular que institucionaliza. Siendo así ambos tratados internacionales ejemplos ilustrativos respecto a la construcción “internacional” de numerosas limitaciones que califica De Lucas como una “especie de penúltima frontera teórico práctica de los derechos humanos” que son los derechos de las personas migrantes ante las diferentes situaciones de movilidad humana. Y, en el caso concreto de las personas refugiadas según aduce el mismo autor desde el derecho de asilo, el alcance de “la universalidad de los derechos humanos se pone a prueba” dado que el estatuto de refugiado adquiere contenido precisamente desde el ámbito de los derechos humanos, tomándose como estándar de protección internacional básico.

La existencia de limitaciones “selectivas” a la hora de articular su reconocimiento cuestiona la voluntad de universalidad<sup>29</sup> de los derechos de las personas migrantes y plantea dudas sobre la viabilidad o coherencia de tales normas y principios en un futuro, a falta de una *International Bill of Rights for Migrants* de mayor alcance<sup>30</sup>. Básicamente porque la perpetuación de limitaciones pone seriamente en duda si el marco convencional existente en el sistema de protección internacional de los derechos humanos en verdad podría contribuir a la creación de una cultura de derechos que anime a la aplicación de las normas existentes bajo parámetros de progresiva y plena igualdad jurídica sin “círculos de exclusión”<sup>31</sup> legitimados desde, en y por instancias internacionales llamadas a garantizar su protección.

### Referencias Bibliográficas

Aleinikoff, Thomas Alexander, “International legal Norms on migration: substance without architecture”, in Cholewinski, Ryszard; Perruchoud, Richard; Macdonald, Euan, *International migration law. Developing paradigms and key challenges*, The Hague: TMC Asser Press, 2007.

<sup>28</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías, la Ley del más débil*, Madrid: Trotta, 1999, p. 63.

<sup>29</sup> De Lucas Martín, Javier. *El desafío de las fronteras. Derechos Humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid: Temas de Hoy Ensayo, 1994, esp. p. 33.

<sup>30</sup> Vid. Aleinikoff, Thomas Alexander. *International legal Norms on migration.....*, p. 478-479.

<sup>31</sup> Varios autores comparten la misma idea, vid. Rubio-Marin, Ruth, *Human rights and immigration*, Oxford: Oxford University press, 2014.p. 118. Fourlanos, George. *Sovereignty and the ingress of aliens: with special focus on family unity and refugee law*, Stockolm: Almqvist & Wiksell International, 1986. Chetail, Vincent. «Migration, droits et souveraineté». En Chetail, V. *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 13-133.

- Ara Pinilla, Ignacio, “La categorización conceptual de los derechos de los inmigrantes” en Miraut Martín, Laura, *Justicia, migración y Derecho*, Madrid: Dykinson, 2004.
- Balibar, Étienne, *Race, nation, classe*, Paris: L’Harmattan, 1992.
- Bobbio, Norberto, *L’età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990 en (Traducción castellana de Rafael de Asís Roig *El tiempo de los derechos*, Madrid: Sistema, 1991.
- Bosniak, Linda S. “Human rights, State sovereignty and the protection of undocumented migrants under the International Migrant Workers Convention”, *International Migration Review*, 25 (4), 1991.
- Camós Victoria, Ignacio; Rojo Torrecilla, Eduardo, “La convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias”, *Migraciones*, Nº 16, 2004.
- Chetail, Vincent «Migration, droits et souveraineté» en Chetail, Vincent, *Mondialisation, migration et droits de l’homme: le droit international en question*, Bruxelles: Bruylant, 2007.
- De Asís Roig, Rafael, “Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos”. En Campoy Cervera, Ignacio (COORD.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Madrid: Dykinson, 2008.
- De Guchteneire, Paul; Pécoud Antoine, “La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los trabajadores migrantes. Obstáculos, oportunidades y perspectivas”, *Migraciones*, Nº 24, 2008.
- De Lucas Martín, Javier, Ramón Chornet, C. y Solanes Corella, A. *Informe sobre la necesidad y oportunidad de la ratificación por España de la Convención internacional de la organización de las Naciones unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios*, DIM Catalunya, Generalitat Catalana, 2009.
- De Lucas, Javier, *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- «Derechos humanos e inmigración». En De Asís Roig, Rafael (coord.), *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, Madrid: Dykinson, 2007.
- “El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del

- derecho a ser inmigrante”, Mariño Menéndez, Fernando M. (coord.), *Un mundo sin desarraigo. El Derecho internacional de las Migraciones*, Madrid: Libros de la Catarata, 2006.
- *El desafío de las fronteras. Derechos Humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid: Temas de Hoy Ensayo, 1994.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la Ley del más debil*, Madrid: Trotta, 1999.
- Fourlanos, George, *Sovereignty and the ingress of aliens: with special focus on family unity and refugee law*, Almqvist & Wiksell International, Stockholm, 1986.
- Nafziger, James A. R., Bartel, Barry C. “The migrant workers Convention: Its place in Human rights Law”, *International Migration Review*, 25 (4), 1991.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio et al., *Curso de derechos fundamentales*, Madrid: BOE- Universidad Carlos III de Madrid, 1991.
- Peers, Steve, *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary*, Leiden: Brill, 2015.
- Ramiro Avilés, Miguel Ángel; Cuenca Gómez, Patricia, *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Madrid: Dykinson, 2010.
- Rubio-Marin, Ruth, *Human rights and immigration*, Oxford: Oxford University press, 2014.
- Saroléa, Sylvie, *Droits de l’homme t migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Collection du centre des Droits de l’Homme de l’Université Catholique de Louvain, Bruxelles: Bruylant, 2006.
- Sassen, Saskia, *Contra geografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid: Traficantes de sueños, Mapas, 2003.
- Solanes Corella, Ángeles, “Un decálogo sobre la crisis del asilo en España”, *Sistema*, 218, 2010.

# LA INEFICAZ ACTUACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA ACTUAL CRISIS DE REFUGIADOS

## THE INEFFECTIVE ACTION OF THE EUROPEAN UNION IN THE CURRENT CRISIS OF REFUGEES

Virginia Díaz Hervella  
*Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*

**Resumen:** En este artículo se pretende poner de manifiesto como la Unión Europea se ha visto desbordada ante la actual crisis de refugiados, incapaz de afrontar esta llegada masiva de personas, cuyas acciones y toma de decisiones por parte de los líderes de los principales Estados miembros implicados, no han sido eficaces y satisfactorias, mostrando así la debilidad de su política exterior, de sus valores y del mecanismo de libre circulación de personas.

**Palabras clave:** Derecho Internacional, Derecho de asilo, Migraciones, Refugiados, Unión Europea.

**Abstract:** This article aims to show how the European Union has been overwhelmed with the current refugee crisis, unable to cope with this massive influx of people, whose actions and decisions by the leaders of the main Member States have not been effective and satisfactory, demonstrating the weakness of its foreign policy, its values and the mechanism of free movement of persons.

**Keywords:** International Law, Asylum, Migration, Refugees, European Union.

### 1. ¿Quién es un refugiado? Distinción entre migrantes económicos y refugiados

El agitado final del S. XX y el primer tercio del S. XXI pusieron de manifiesto la necesidad de otorgar protección a aquellas personas que se vieron obligadas a buscar refugio más allá de sus fronteras, ante la imposibilidad de encontrarlo dentro de sus propios Estados. Si bien algunos tratados internacionales pretendieron dar cobertura a situaciones particulares, sería el desastre humanitario fruto del expansionismo nazi y su filosofía racista lo que puso de manifiesto la necesidad de una solución más general.

Resultado de ello fue la Convención sobre el estatuto de los refugiados, adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (ONU), y su Protocolo firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967, instrumentos que todavía se encuentran limitados y desbordados por los múltiples conflictos que siguen surgiendo a escala mundial<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Ortega, Juan Miguel. “Una panorámica sobre el asilo y refugio en la Unión Europea” En Salinas de Frías, A. (Dir<sup>a</sup>.), *Inmigración e integración*. Madrid: Sequitur, 2008, pp. 6-9.

En virtud del artículo 1A de la citada convención, un refugiado es una persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”.

Sin tratar de restar importancia a la situación vivida por la población migrante, los motivos que generan el desplazamiento por parte del refugiado tienen unas causas y un fin de muy distinta índole. El inmigrante toma la decisión de dejar su país para buscar nuevos horizontes con el fin de adquirir mejoras en sus condiciones sociales y laborales, mientras que el refugiado abandona su país de origen, víctima de una situación de persecución y agresión por su gobierno u otros entes, unida a la falta de protección por parte de su Estado. Este es el caso de Siria en la actualidad, y demás países que actualmente conforman la intensa ola de refugiados, caracterizados por situaciones de guerra interna, sistemas no democráticos, violencia generalizada y ataques terroristas.

Ana Palacio, exministra de Asuntos Exteriores de España y ex vicepresidenta primera del Banco Mundial, hacía hincapié en un artículo publicado en el diario *El País*, en las consecuencias de la confusión entre el estatuto de inmigrante y refugiado, señalando que Europa se enfrenta en esta crisis a tres retos diferenciados: proteger a los refugiados, con pleno sometimiento a la legislación europea e internacional en la materia; desarrollar, desde los intereses de la UE, una política migratoria eficaz y sostenible; y, por último, dar respuesta al descontento de las comunidades de inmigrantes de segunda y tercera generación que residen en Europa. Sólo cuando estos desafíos se abordan separadamente, empiezan a emerger soluciones eficaces, siempre que se asegure el correcto funcionamiento de las fronteras exteriores<sup>2</sup>.

¿Pero se puede afirmar en todos los casos que aquellas que no huyen de su país de origen por una guerra, sino por la miseria y el hambre, tienen una protección efectiva de su Estado?

La fragilidad de la distinción entre refugiado y migrante (conocida como *Asylum migration nexus*) puede ser usada para negar los derechos de estos últimos, debido en parte a la proliferación del discurso *Refugiados si, migrantes no*, que ha sido el denominador común en las declaraciones de algunos líderes europeos.

---

<sup>2</sup> Palacio, Ana. “Aclarar la crisis de los refugiados en Europa”. [en línea]. *El País*, 2 de junio de 2016, <[http://elpais.com/elpais/2016/05/31/opinion/1464723339\\_557595.html](http://elpais.com/elpais/2016/05/31/opinion/1464723339_557595.html)>, [3 de agosto de 2016].

A toda esta problemática, se añade el debate relativo a los movimientos entre países que realiza la población refugiada una vez alcanzado el espacio Schengen. Bajo el pretexto de que una vez que estas personas se encuentran en territorio europeo y por tanto en un país seguro, la nota caracterizadora del refugiado en los diferentes instrumentos internacionales en cuanto a “persona que sufre un fundado temor de ser perseguida” ha desaparecido, y por tanto determina la pérdida del estatuto de refugiado.

Cabría cuestionarse si en este momento la categorización podría ser la misma, o bien resulta más similar al de inmigrante económico. Si bien es cierto que determinados países ofrecen sistemas económicos más ventajosos, como Alemania, las causas de estos movimientos pueden ser diversas: existencia de familiares en otros Estados, características culturales y lingüísticas similares, condiciones climáticas o diferencias en cuanto al procedimiento de asilo propiamente dicho. Por ejemplo, el panorama de asilo español resulta un tanto desalentador, tanto que la concesión o no definitiva del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria puede tardar años, dependiendo del caso, añadido al hecho de que la Ley de Asilo española aún no tiene un reglamento que la desarrolle, cuestión pendiente desde 2009. Además, para las solicitudes de asilo en territorio nacional se hace necesario pedir una cita previa, lo que alarga los plazos, y una vez presentada la solicitud tanto la resolución sobre la admisión como la inadmisión se alarga hasta el plazo de un mes, y si la respuesta sigue siendo afirmativa hay que esperar tres meses o seis en función de si se está ante el procedimiento urgente u ordinario.

Todo ello encontraría solución mediante una aceleración de los procesos con pleno respeto a los derechos fundamentales y uniformidad en las políticas de asilo a nivel europeo, a fin de evitar las causas que generan estos movimientos migratorios ya dentro del territorio de la Unión.

Estas y otras medidas se han reclamado reiteradamente desde diferentes sectores, y en particular por diferentes Organizaciones no Gubernamentales. Destaca un acto celebrado frente al Congreso de los Diputados, en el que 15 ONG han presentado al Gobierno que emerja de las elecciones generales de 26 de junio, 11 medidas urgentes y realizables en los 100 días siguientes a su constitución. Sus propuestas se centran principalmente en la no demora del procedimiento de asilo más allá de lo permitido por la ley, la aprobación de un Reglamento de Asilo que lleva ya pendiente siete años y en que se habiliten vías seguras y legales para que las personas refugiadas accedan a territorio europeo sin tener que arriesgar sus vidas (visados humanitarios, posibilidad de

solicitar asilo en consulados y embajadas, agilizar las reunificaciones familiares e incentivar programas de reasentamiento).

## **2. Origen y causas de la crisis de refugiados actual. Especial referencia al caso sirio y al terrorismo yihadista.**

La primavera árabe, que se gestó en las revueltas de 2011 en el norte de África, ha tenido importantes consecuencias migratorias. La inestabilidad política, social y económica propias de los conflictos violentos desarrollados en algunos territorios de Oriente Próximo, ha generado un gran flujo de desplazamientos de personas, hecho que unido al crimen organizado relacionado con estos movimientos, ha desembocado en que los Estados miembros de la UE les conciban como una amenaza a su propia seguridad<sup>3</sup>.

Esta situación resulta agravada por el hecho de que en estos territorios se producen constantes violaciones de derechos humanos, reclutamientos forzosos, ejecuciones extrajudiciales, abusos de las fuerzas de seguridad y torturas, así como presencia de grupos terroristas como el DAESH (Afganistán, Pakistán y Sudán), Boko Haram (Nigeria), Al Sabaad (Somalia) y enfrentamientos étnicos (Irak, Pakistán y Sudán).

Sin embargo, de acuerdo con las cifras de la Organización Mundial de las Migraciones, el mayor flujo de desplazados que llega a las costas europeas proviene de Siria. Allí, la población es víctima del enfrentamiento entre los partidarios del presidente Bashar al Asad (que controló el país hasta 2011 cuando estalló la Guerra Civil), las tropas rebeldes, grupos yihadistas y el DAESH.

Este conflicto, que ha generado 11 millones de desplazados y 4 millones de refugiados (el más grande desde la II GM) se ha intensificado considerablemente a partir de 2014 ya que el gobierno y las milicias progubernamentales elevaron los ataques en áreas civiles y continuaron usando armas indiscriminadas, así como la realización de detenciones arbitrarias, tortura y muertes bajo custodia por todos los bandos<sup>4</sup>.

El problema de la oposición al régimen es que se encuentra muy fragmentada, tanto en su organización como en los objetivos que persigue, coexistiendo en su seno

---

<sup>3</sup> García, Paula. “La delimitación de la PESC y el resto de acción exterior de la UE: migración y seguridad en el marco de la primavera árabe”. En De Tomás Morales, S. (Dir<sup>a</sup>.), *Retos del derecho ante las nuevas amenazas*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 289-309.

<sup>4</sup> *Informe mundial 2015: Siria*, Human Rights Watch, [en línea]. <[www.hrw.org/es/world-report/2015/country-chapters/268206](http://www.hrw.org/es/world-report/2015/country-chapters/268206)> [30 de enero de 2016].

diversas tendencias: islamistas moderados, nacionalistas, yihadistas y elementos ligados a Al Qaeda, lo que no ha permitido la creación de un frente opositor unido<sup>5</sup>.

En el campo internacional, la división entre defensores y críticos de Asad es muy profunda<sup>6</sup>, y el hecho de que el régimen haya hecho uso de armas químicas contra su propio pueblo ha servido para que el presidente estadounidense, B. Obama, se esforzara en la búsqueda de apoyos internos y externos necesarios para proceder al ataque que, debido al bloqueo del Consejo de Seguridad de la ONU por parte de Rusia y China, se ejecutaría sin una resolución favorable de este organismo.

No obstante, la Asamblea General de las Naciones Unidas sí ha adoptado algunas resoluciones al respecto, entre las que destaca la Resolución 66/253, de 16 de febrero de 2012, mes en el que el secretario general de la ONU, Ban Ki-Moon, y el de la Liga Árabe, Nabil Elaraby, anunciaron el nombramiento de Kofi Annan como enviado especial a Siria con el fin de facilitar una solución a la contienda, cargo al que renunciaría en agosto de ese mismo año y que pasaría a ocupar el diplomático Lajdar Brahimi<sup>7</sup>.

Por su parte, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 2710, mediante la cual insta a todos los Estados a tomar medidas para detener el flujo de combatientes extranjeros, el financiamiento y la entrega de armas a ISIS, Jabhat al-Nusra y cualquier otra persona asociada a Al-Qaeda. Otra resolución destacable es la 2178, que insta a los Estados a establecer medidas de detención y controles fronterizos eficaces con el fin de evitar la organización y circulación de terroristas, la mejora de la cooperación en procesos judiciales y la asistencia a otros Estados.

En definitiva, el conflicto sirio es mucho más que una guerra civil, puesto que se está disputando la hegemonía regional entre Irán, Arabia Saudí, Qatar y Turquía, además de la implicación, entre otros, de Estados Unidos, Rusia, Líbano, Jordania, Israel y -tras los atentados de París cometidos el 13 de noviembre de 2015, en los que murieron 137 personas y otras 415 resultaron heridas- también Francia, Reino Unido y

---

<sup>5</sup> Laborie Iglesias, Mario. "Siria: guerra, sectarismo y caos" [en línea] *Instituto español de estudios estratégicos*. <[http://www.ieee.es/Galerias/fichero/panoramas/panorama\\_geopolitico\\_2013.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/panoramas/panorama_geopolitico_2013.pdf)> [16 de agosto de 2016].

<sup>6</sup> Los aliados principales del régimen son Rusia e Irán, mientras que los apoyos a la rebelión vienen constituidos por las monarquías del Golfo, EE.UU y sus aliados europeos, que apoyan una salida política a la crisis siria, pero que necesariamente debe pasar por el abandono del poder por Bashar al- Asad.

<sup>7</sup> "La ONU nombra a Kofi Annan enviado especial para lograr el fin de la violencia en Siria". *El Mundo*, 24 de febrero de 2012, <<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/24/internacional/1330039975.html>> [30 de enero de 2016].

Alemania, a los que actualmente se están sumando otros socios europeos<sup>8</sup>.

Coincidimos con el juez Baltasar Garzón en que los Estados implicados y las Naciones Unidas deberían comenzar por ponerse de acuerdo sobre el papel de Siria y su Gobierno, ya que dicha guerra se está utilizando como excusa para los equilibrios geoestratégicos y económicos de las grandes potencias a costa de la población masacrada por un bando u otro. Es hora de que las naciones abandonen sus intereses particulares y muestren una verdadera solidaridad con el pueblo sirio, pero también con el pueblo kurdo y el iraquí.<sup>9</sup>

### **3. Problemas derivados de la crisis de refugiados.**

#### **3.1 Racismo, xenofobia y preocupación por la islamización de la sociedad**

Esta grave y prolongada crisis ha provocado un auge de los movimientos xenófobos y los populismos de extrema derecha en Europa, cuestionando su esencia misma, basada en valores de tolerancia y en la superación de los conflictos por medio del diálogo y la cooperación. El desarrollo de las comunicaciones, principalmente internet, el mercado económico y laboral mundial, junto con otros factores globales, también han generado un marco favorable a la xenofobia, que actualmente se manifiesta más concretamente en “islamofobia”.

Se trata de sacar provecho de una situación enormemente complicada, fomentando un odio al extranjero que, en ocasiones, deriva en violencia, tal y como ha quedado patente, entre otros sucesos, en los ataques a centros de acogida de refugiados o en movimientos como PEGIDA (Patriotas Europeos contra la Islamización de Occidente).

Particularmente preocupante es el programa y la acción de los partidos políticos de extrema derecha que utilizan un discurso de marcado carácter racista, en ciertas ocasiones con una clara intención de incitar a la xenofobia, para intentar convencer al electorado de que las minorías sociales son un problema capital dentro de nuestra sociedad. Algunas autoridades europeas han protagonizado polémicas declaraciones, como las del primer ministro británico, David Cameron, que calificó de "plaga" a los inmigrantes y refugiados que intentan cruzar de Francia a Reino Unido a

---

<sup>8</sup> Cazi, Emeline, “François Hollande aux Invalides: «ils étaient la jeunesse de France”. [en línea]. *Le Monde*, 26 de noviembre de 2015, <[www.lemonde.fr/attaques-a-paris/article/2015/11/26/hommage-aux-invalides-pour-les-victimes-des-attentats\\_4818546\\_4809495.html](http://www.lemonde.fr/attaques-a-paris/article/2015/11/26/hommage-aux-invalides-pour-les-victimes-des-attentats_4818546_4809495.html)>[30 de enero de 2016].

<sup>9</sup> Garzón, Baltasar, “El Daesh y el califato universal”. [en línea]. *El País*, 6 de diciembre de 2015, <[http://elpais.com/elpais/2015/12/05/opinion/1449332115\\_867926.html](http://elpais.com/elpais/2015/12/05/opinion/1449332115_867926.html)>, [29 de enero de 2016].

través del Eurotúnel de Calais<sup>10</sup>. Fuera del ámbito europeo, en EEUU el candidato del Partido Republicano, Donald Trump, ha propuesto en su campaña la idea de construir un muro a lo largo de la frontera con México y deportar a todos los aproximadamente 11 millones de inmigrantes que ingresaron a los Estados Unidos ilegalmente.

Este debate se ha visto reavivado por algún suceso aislado cometido en Alemania, como fue el caso de un solicitante de asilo sirio que mató a una mujer en la localidad de Reutlingen, en el estado de Baden Württemberg, si bien las autoridades declararon que se trataba de un caso de violencia de género y no de un acto terrorista, o el de un joven afgano solicitante de asilo armado con un hacha y un cuchillo en un tren de Wurzburg, después de que esta vez, el ISIS sí afirmara que se trataba de uno de sus combatientes<sup>11</sup>. Con el fin de impedir nuevos ataques terroristas, Ángela Merkel dio a conocer un plan de 9 puntos entre cuyas medidas se encuentran algunas controvertidas, a saber: la reducción de los obstáculos para la expulsión de los solicitantes de asilo que hayan cometido delitos en territorio germano, la creación de un sistema de “alerta temprana” destinado a monitorizar la radicalización entre los refugiados y el despliegue de soldados para hacer frente a nuevos ataques terroristas.

Si bien la crisis económica ha provocado un resurgimiento de los nacionalismos, la crisis de refugiados no hará más que fomentarlos. Ejemplo de ello, lo constituye la salida del Reino Unido de la Unión Europea, el denominado “Brexit”, en el que el debate en torno a la inmigración también tiene que ver con la percepción de los británicos de estar perdiendo soberanía sobre el control de sus fronteras. En este sentido se pronunció el diplomático Tomas Bocek, nombrado por el Consejo de Europa como representante para ayudar a los Estados a gestionar la crisis de refugiados, quien en un seminario sobre xenofobia organizado en Barcelona señalaba que la expulsión de migrantes y el cierre de fronteras desembocarían en fuertes nacionalismos, y estos inevitablemente conducirían a la guerra<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Fresneda, Carlos, “Duras críticas contra Cameron por referirse a los inmigrantes como una plaga”. [en línea]. *El Mundo*, 30 de julio de 2015, <<http://www.elmundo.es/internacional/2015/07/30/55ba3d2646163fb26d8b4589.html>> [27 de enero de 2016].

<sup>11</sup> Müller, Enrique. “La ola de actos violentos complica aun más la política migratoria en Alemania”. [en línea]. *El País*, 26 de julio de 2016, <[http://internacional.elpais.com/internacional/2016/07/25/actualidad/1469469504\\_643461.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/07/25/actualidad/1469469504_643461.html)> [9 de agosto de 2016].

<sup>12</sup> García, Albert. “Europa debe mantener los valores que asumió durante la II Guerra Mundial”. [en línea]. *El País*, 25 de julio de 2016, <[http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/07/25/catalunya/1469473742\\_971944.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/07/25/catalunya/1469473742_971944.html)>, [10 de agosto de 2016].

Para que estos elementos migratorios puedan contribuir al progreso económico y social, se hace necesaria una predisposición y planificada capacidad de absorción de olas migratorias étnicamente diversas, justo lo contrario a lo que sucede hoy en Europa, estancada y desbordada en cuanto a afrontar el tema de la migración. Debería reaccionar también ante la presencia de partidos neonazis como el griego Amanecer Dorado o el húngaro Jobbik, algo que no parece encontrar una solución a corto plazo, cuando la opinión pública europea se encuentra dividida entre aquellos que abogan por la solidaridad, y aquellos otros que temen aceptar migrantes, ya sea por el temor al choque de culturas, por miedo al terrorismo o que simplemente se trate de migrantes económicos.

### **3.2 Las mafias y el tráfico ilegal de personas refugiadas**

Miles de personas pagan por salir de sus países, principalmente provenientes de África subsahariana, Eritrea, Somalia y Siria a través del contacto con mafias que ofrecen embarcaciones precarias y de escasas condiciones técnicas para cruzar el Mediterráneo con destino a Europa.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) estima que los beneficios globales anuales de este negocio ilícito rondan los 28.350 millones de euros, estando afectados por el tráfico 161 países. Dicha actividad ocupa el tercer lugar de los negocios ilegales tras el tráfico de drogas y la venta de armas, hasta tal punto que la ONU declaró el 2015 como el año más cruel en materia de tráfico de seres humanos.

Según fuentes policiales, las redes de traficantes están formadas tanto por gente local, como personas de la nacionalidad de las víctimas que en muchas ocasiones son antiguos inmigrantes o refugiados y su acción se extiende por gran parte del territorio de la UE. Así, investigaciones recientes de Scotland Yard han podido demostrar que las mafias afganas y sirias trafican con refugiados de forma coordinada con traficantes ingleses, si bien actualmente estas mafias operan principalmente en la región de los Balcanes, Austria y Hungría y su método principal de captación es a través de internet, normalmente a través de las redes sociales, o bien a través del contacto directo con los refugiados en algunos puntos de su trayecto. Asimismo ofertan diferentes posibilidades de traslado: los refugiados pueden escoger desde un asiento en un bote de goma hasta Grecia o aviones de negocios que los llevan directamente a campos de refugiados en Suecia.

El precio mínimo por llevar a los refugiados a Grecia es de 1.000 euros, a lo que hay que añadir lo que paga por la comida, hotel, teléfono... y además muchos de los servicios están disponibles en idioma árabe en Facebook y otras redes sociales, donde se ofrecen fechas específicas y concreción de los medios de transporte, tal y como ha manifestado Izabella Cooper, portavoz de FRONTEX (Agencia europea para la gestión integrada de los controles de las fronteras exteriores).

Junto con los intensos beneficios de los que se lucran directamente los traficantes, resultan beneficiadas otras industrias legales, como la venta y la reparación de barcas en las que se realizan los traslados hasta las costas europeas o a tiendas de ultramarinos que han comenzado a vender chalecos salvavidas. Por otra parte, fuentes periodísticas han podido confirmar que el grupo terrorista ISIS también está obteniendo financiación del tráfico de refugiados, a través del secuestro de miembros de familias sirias acomodadas con el fin de obtener un rescate. A esto hay que añadir las denominadas economías de escala, puesto que los mismos camiones con los que se traslada a los sirios a través de Turquía, regresan con productos de contrabando escasos en el mercado sirio, desde harina hasta pilas eléctricas. Se calcula que el Estado Islámico ha podido obtener entre setenta y cien millones de dólares mediante estos rescates.

Las soluciones al problema no parecen estar cerca por lo que siguen siendo continuas las pérdidas de vidas humanas que se producen como consecuencia de las condiciones pésimas en las que se ven envueltos los refugiados en su traslado. Mientras la actitud de la UE sea levantar vallas, cerrar fronteras o perseguir a los inmigrantes ilegales y refugiados, no hará más que aumentar los costos para el ingreso en el bloque, y por ende, las ganancias de los traficantes. Algunos investigadores, como Fernando Herrera apuntan a que si la entrada fuera legal, las mafias dejarían de lucrarse mediante la desesperación ajena y las condiciones de transporte mejorarían inevitablemente<sup>13</sup>.

#### 4. Conclusiones

En un mundo en el que cada vez más seres humanos necesitan protección, el ejercicio y correcto tratamiento del derecho de asilo por los Estados, no hace más que retroceder. Las guerras, los conflictos bélicos, la violencia, se multiplican y cada vez

---

<sup>13</sup> Herrera, Fernando, "En defensa de las mafias traficantes de refugiados". [en línea]. *Instituto Juan de Mariana actualidad*, 18 de septiembre de 2015, <[www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/en-defensa-de-las-mafias-trafficantes-de-refugiados](http://www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/en-defensa-de-las-mafias-trafficantes-de-refugiados)> [26 de enero de 2016].

tienen consecuencias más devastadoras: desgarran regiones y países enteros y obligan a millones de personas a desplazarse y a dejar sus hogares atrás, a la vez que las necesidades humanitarias aumentan y la pobreza arraiga con más fuerza. Todos estos factores están rompiendo sociedades y comunidades que creíamos estables a la vez que ponen en peligro el derecho a la vida, un valor sin el cual no puede existir civilización.

Coincidimos con la opinión expresada por la Fundación Alternativas y el Friedrich- Ebert- Stiftung, que en su informe titulado *El estado de la Unión Europea. La encrucijada política de Europa*, describen el trabajo de la misma como “fracaso y falta de coordinación”, a la vez que hacen una dura crítica a las medidas tomadas en cuanto a la acogida de refugiados, la poca garantía de la seguridad en medio de las amenazas del ISIS, el aumento de la desigualdad entre los veintiocho Estados miembros de la Unión que junto con el desafío del referéndum británico para la salida o permanencia en la Unión Europea (Brexit), reclaman una falta de liderazgo imprescindible.

La Unión Europea se encuentra desbordada ante la crisis de asilo y refugio que amenaza el mecanismo consolidado de la libre circulación de personas, poniendo de manifiesto la debilidad de la política exterior europea y agravada por la crisis de gobernanza del euro.

¿Hasta cuándo entonces la Unión Europea puede y está dispuesta a absorber este enorme flujo de refugiados? Siendo el problema principal la guerra en Siria, la dictadura que la gobierna y el terrorismo protagonizado por el Estado Islámico ¿sería conveniente planificar alguna forma de intervención en el país? ¿Qué medidas se deberían adoptar ante la actitud pasiva de los Estados del Golfo pérsico y península arábiga?

Todo ello nos hace desconfiar sobre si la participación de la Unión Europea en la consolidación de la seguridad regional e internacional ha sido correcta. Lo que impera en algunos Estados de la Europa actual, es la falta de voluntad política, de espíritu solidario, para conseguir entender que aquellos que abandonan sus lugares de origen no lo hacen de manera voluntaria, ni todos son migrantes económicos. La solución no pasa por mantenerlos alejados, o ignorarlos al otro lado de una valla; ni tampoco por encerrarlos en “modernos campos de concentración” que nos recuerdan al siglo pasado. Hay que entender que la reacción soberanista y anti-integración no es resolutive. Podría gestionarse eficazmente la crisis de asilo y refugio apostando por una

Europa más unida, y dejando atrás las soluciones nacionales que se están llevando a cabo.

Por otro lado, se hace necesaria una estrategia de cooperación y simultáneamente un compromiso en la asunción de responsabilidades individuales; si se mira para otro lado, dejando el problema en manos de Alemania, el proceso se colapsará. Dicha actitud, lejos de favorecer la identidad europea, provoca un resurgir de los resentimientos nacionalistas que en un mundo globalizado carecen de todo sentido. En ningún caso un país ha de verse obligado a soportar la carga que para sus recursos supone la llegada masiva de miles de personas, como por ejemplo ha sucedido en Grecia. La acogida es responsabilidad de todos los países, que deben prestar ayuda logística y económica y acordar una redistribución justa y proporcionada de estos flujos. De lo contrario, la actitud actual solo puede desembocar o bien en un cierre del espacio Schengen, en el que cada Estado cierre sus fronteras de manera independiente, o bien una reacción de bloqueo a escala europea a través de un endurecimiento de las políticas de asilo y refugio que traerá consigo una destrucción de los valores europeos.

Nos encontramos ante la ola de refugiados más heterogénea de las que ha vivido Europa por la variedad de países de origen, pero también es la mejor preparada y la que tiene un índice educativo más elevado. Se necesita un cambio de perspectiva y capacidad para atraer el talento y el esfuerzo necesarios con el fin de asegurar el crecimiento económico y la competitividad, así como criterios de determinación, eficacia y visión de conjunto.

Como contrapartida, constituye una obligación de estas personas refugiadas aceptar que los valores morales que fundamentan los derechos humanos son los que constituyen el pilar básico para alcanzar una vida conforme a la dignidad humana a través de una organización democrática, sin la cual no será posible salir de dicha situación. El concepto de soberanía nacional implica el respeto hacia los derechos humanos europeos y universales, así como el respeto hacia los derechos del propio país y de los Estados extranjeros, de tal forma que si bien la Unión Europea debe estar implicada en la solución de este conflicto de manera directa, también lo es el hecho de que no está obligada a soportar una llegada masiva, continua y descontrolada de refugiados que pongan en peligro el fundamento del Estado de Derecho y sus valores. Si bien la Unión Europea y los diferentes Estados miembros tienen que apoyar la continuidad de las formas de vida de las minorías, éstas deben acatar y respetar los

valores en los que se fundamenta nuestra sociedad, pasando necesariamente por un respeto a la soberanía de los diferentes Estados.

En cuanto a la vertiente técnico-jurídica, se ha modificado la legislación interna de muchos Estados Miembros respecto al al derecho de asilo. Pero todo ello se ha manifestado insuficiente. Habrán de desarrollarse mejores fórmulas para acogerlos, enseñarles el idioma, incluirlos en el mercado laboral, incorporar a los menores en los planos educativos, dedicar especial atención a la integración de las mujeres, sanidad y vivienda digna. Asimismo se debe hacer hincapié en el asesoramiento legal y psicológico y en el derecho a la reunificación familiar. Además, las personas refugiadas deben disfrutar de una solución duradera y contar con la protección legal ante una devolución forzosa a un país donde corran peligro de sufrir violaciones de derechos humanos.

Por lo que se refiere al marco normativo, hay que proceder a una reparación del sistema de asilo en la UE, en el sentido de que a pesar de que hay reglas y normas comunes, existen diversas disparidades entre los Estados miembros de la Unión Europea con respecto a las condiciones de acogida y las tasas de reconocimiento. Asimismo se requiere, junto con el apoyo de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo y el Fondo Europeo para los refugiados, rapidez y transparencia en el proceso, en el marco del respeto a los derechos fundamentales. La Comisión Europea debe intensificar sus esfuerzos en hacer cumplir las normas y optar por el establecimiento de sanciones a los infractores si fuere necesario.

El proceso de globalización es el resultado no sólo de la pérdida de soberanía real de los Estados frente a instancias de poder supranacionales, sino que sus características son también a veces demoledoras en términos de incompatibilidad con estándares básicos de reconocimiento y garantía de derechos humanos. Ante la llegada masiva de refugiados fruto de los conflictos derivados de la Primavera árabe junto con la crisis económica y sus consecuentes criterios de seguridad , tanto la UE como sus Estados miembros han desarrollado políticas que se alejan del Estado de Derecho. Esta problemática debería abordarse desde criterios de responsabilidad y Derecho Internacional, dando prioridad a la seguridad sólo en aquellos casos en que existan riesgos suficientes de conflictividad social, inadaptabilidad o presencia de organizaciones delictivas, y no criminalizar a aquellos que precisamente caen en manos de la delincuencia organizada o terrorismo internacional en su huida de conflictos

armados, pues habrán de ser estas redes delictivas las que hayan de considerarse como una amenaza para la seguridad y no al revés.

Al haber hecho tan difícil la entrada en Europa, hemos creado, sin querer, un mercado para el contrabando. Si ello hubiera sucedido de manera coordinada entre todos los Estados, hubiera sido posible la adopción de una política fronteriza más abierta. Las estadísticas han mostrado que cuando esto sucedía no conllevaba necesariamente un flujo masivo de personas desplazadas, de tal forma que el planteamiento actual ha demostrado no ser el correcto.

### Referencias bibliográficas

- Cazi, Emeline, “François Hollande aux Invalides: «ils étaient la jeunesse de France”.
- [en línea]. *Le Monde*, 26 de noviembre de 2015, <[www.lemonde.fr/attaques-a-paris/article/2015/11/26/hommage-aux-invalides-pour-les-victimes-des-attentats\\_4818546\\_4809495.html](http://www.lemonde.fr/attaques-a-paris/article/2015/11/26/hommage-aux-invalides-pour-les-victimes-des-attentats_4818546_4809495.html)> [30 de enero de 2016].
- García, Paula. “La delimitación de la PESC y el resto de acción exterior de la UE: migración y seguridad en el marco de la primavera árabe”. En De Tomás Morales, S. (Dir<sup>a</sup>), *Retos del derecho ante las nuevas amenazas*. Madrid: Dykinson, 2015.
- Garzón, Baltasar, “El Daesh y el califato universal”. [en línea]. *El País*, 6 de diciembre de 2015. <[http://elpais.com/elpais/2015/12/05/opinion/1449332115\\_867926.html](http://elpais.com/elpais/2015/12/05/opinion/1449332115_867926.html)>, [29 de enero de 2016].
- Herrera, Fernando. “En defensa de las mafias traficantes de refugiados” [en línea] *Instituto Juan de Mariana actualidad*. <[www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/en-defensa-de-las-mafias-trafficantes-de-refugiados](http://www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/en-defensa-de-las-mafias-trafficantes-de-refugiados)> [26 de enero de 2016].
- Informe mundial 2015: Siria*, Human Rights Watch, [en línea]. <[www.hrw.org/es/world-report/2015/country-chapters/268206](http://www.hrw.org/es/world-report/2015/country-chapters/268206)> [30 de enero de 2016].
- Laborie Iglesias, Mario. “Siria: guerra, sectarismo y caos” [en línea] *Instituto español de estudios estratégicos*. [en línea] <[http://www.ieee.es/Galerias/fichero/panoramas/panorama\\_geopolitico\\_2013.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/panoramas/panorama_geopolitico_2013.pdf)> [16 de agosto de 2016]
- “Siria: guerra, sectarismo y caos” [en línea] *Instituto español de estudios*

*estratégicos*. <[http://www.ieee.es/Galerias/fichero/panoramas/panorama\\_geopolitico\\_2013.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/panoramas/panorama_geopolitico_2013.pdf)> [16 de agosto de 2016].

Martín, Juan José. *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*. Madrid: Dykinson, 2000.

Müller, Enrique. “La ola de actos violentos complica aún más la política migratoria en Alemania”. [en línea]. *El País*, 26 de julio de 2016, <[http://internacional.elpais.com/internacional/2016/07/25/actualidad/1469469504\\_643461.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/07/25/actualidad/1469469504_643461.html)> [9 de agosto de 2016].

Ortega, Juan Miguel. “Una panorámica sobre el asilo y refugio en la Unión Europea” En Salinas de Frías, A. (Dir<sup>a</sup>.), *Inmigración e integración*. Madrid: Sequitur, 2008.

Palacio, Ana. “Aclarar la crisis de los refugiados en Europa”. [en línea]. *El País*, 2 de junio de 2016, <[http://elpais.com/elpais/2016/05/31/opinion/1464723339\\_557595.html](http://elpais.com/elpais/2016/05/31/opinion/1464723339_557595.html)>, [3 de agosto de 2016].

s.a. “Informe mundial 2015: Siria” [en línea]. *Human Rights Watch*, <[www.hrw.org/es/world-report/2015/country-chapters/268206](http://www.hrw.org/es/world-report/2015/country-chapters/268206)> [30 de enero de 2016].

----- “La ONU nombra a Kofi Annan enviado especial para lograr el fin de la violencia en Siria”. *El Mundo*, 24 de febrero de 2012, <<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/24/internacional/1330039975.html>> [30 de enero de 2016].

# ¿MIGRANTES O REFUGIADOS? MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS EN LA FRONTERA SUR DE MÉXICO

## MIGRANTS OR REFUGEES? MIGRATION AND HUMAN RIGHTS IN THE MEXICAN SOUTHERN BORDER

Rodrigo Alonso Barraza García  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** La presente investigación, tiene como objetivo principal el llamar la atención sobre la profunda crisis de Derechos Humanos que prevalece en la Frontera Sur de México. Ante tal escenario de violencia generalizada, resulta imperante el adoptar una distancia crítica en relación a categorías comúnmente aceptadas y que, sin embargo, carecen de un contenido político y/o jurídico que favorezca la intervención humanitaria, como sucede con el término “migrante”.

En cambio, se propone considerar a la migración centroamericana desde un enfoque de “refugio”, puesto que dicha definición, además de llevar implícita una denuncia hacia la postura de criminalización e indefensión institucional adoptada por los Estados involucrados, nos permite analizar a los desplazamientos internacionales desde una postura ética y humanista, resituando el análisis de la movilidad humana desde un enfoque de protección de los Derechos Humanos.

**Palabras clave:** Frontera Sur de México, Migración, Derechos Humanos, Refugio.

**Abstract:** The present research is intended principally to draw attention on the deep human rights crisis prevailing in the Southern Border of Mexico. In such scenario of generalized violence, it is imperative to adopt a critical distance in relation to commonly accepted categories that, however, have no political or legal content favoring humanitarian intervention, as the term “immigrant”.

Instead, it is proposed to consider the Central American migration from a refugee approach, since this concept, in addition to carrying implied an allegation against the position of criminalization and institutional helplessness adopted by the States, allows us to analyze international mobility from an ethical and humanistic perspective, relocating the research of human displacement from a Human Rights Protection prospect.

**Keywords:** Mexican Southern Border, Migration, Human Rights, Refugee.

## 1. Introducción: El Escenario Sur-fronterizo Mexicano

**Imagen 1.**  
**Paso informal por el Río Suchiate, Frontera México- Guatemala**



**Fuente: Barraza, 2014.**

La Frontera Sur de México es, sin duda alguna, uno de los espacios fronterizos más dinámicos, complejos y porosos del planeta. Compuesta por 1, 149 kilómetros, de los cuales 956 km corresponden al límite internacional con Guatemala y 193 km al límite con Belice<sup>1</sup>, dicha región concentra en su interior múltiples dinámicas transnacionales de largo alcance.

Lugar de origen, tránsito, destino y retorno de las migraciones internacionales, la Frontera Sur de México ha funcionado, antes incluso del trazado formal de sus límites, como un escenario de integración, interacción y diálogo entre dos países con enormes afinidades socioculturales: México y Guatemala<sup>2</sup>.

Sin embargo, y como resultado de los continuos intentos por transformar al territorio sur-fronterizo en un enclave regional neoliberal<sup>3</sup>, en épocas recientes dicho

---

<sup>1</sup> Liedo Fernández, José Pablo. "Introducción". En Hernández Daumás, Salvador (coord.) *Frontera Sur de México: Cinco formas de interacción entre sociedad y ambiente*. Tapachula: Ediciones El Colegio de la Frontera Sur, 2005, pp. 9-14.

<sup>2</sup> Fábregas Puig, Andrés et. al. *La Formación histórica de la Frontera Sur*. México: CIESAS Sureste, Cuadernos de la Casa Chata, 1985.

<sup>3</sup> Villafuerte Solís, Daniel y García Aguilar, María del Carmen. "Algunas causas de la migración internacional en Chiapas". *Economía y Sociedad*, 2016, Núm. 21, pp. 41-58.

espacio ha venido experimentando un crecimiento exponencial de la violencia, el despojo y la desigualdad social.

Así, la Frontera Sur funciona actualmente como un verdadero “archipiélago de excepciones”<sup>4</sup>, es decir, un territorio dónde los espacios de legalidad e ilegalidad se confunden y retroalimentan constantemente.

Hablamos entonces de la conjunción e interrelación de múltiples violencias que actúan de forma cotidiana sobre los sujetos sur-fronterizos, condicionando su existir: violencia sistémica (desigualdades globales Norte-Sur, prácticas neocolonialistas de empresas multinacionales), estructural (desigualdades económicas, étnicas y sociales), institucional (corrupción y accionar coludido entre el Estado y grupos criminales), simbólica (discriminación y vinculación de las fronteras con el atraso y el subdesarrollo), y social (violencia urbana, exclusión, ausencia de servicios básicos), entre muchas otras. Nuevas fronteras emergen, nuevos muros se levantan.

Ante tal despliegue de violencias, la migración es vista como la única opción posible para un número cada vez mayor de hombres, mujeres y niños, quienes se ven obligados a abandonar sus familias y comunidades de origen ya no en busca del “*american way of life*”, sino para intentar sobrevivir. Tal multiplicación de la movilidad forzada, se hace aún más evidente en el llamado “triángulo dorado de Centroamérica” (Honduras, Guatemala y El Salvador), dónde las bandas criminales o “maras” suelen actuar con total impunidad.

La respuesta por parte de los Estados involucrados ha sido a todas luces insatisfactoria, y no ha hecho sino agravar la situación. En particular, la estrategia adoptada por el gobierno mexicano, alineada al paradigma securitizador propio de los estados neoliberales actuales, ha consistido en la criminalización y persecución de los migrantes centroamericanos, considerados “intrusos”: seres indeseables desprovistos de cualquier derecho ciudadano.

Dicha situación responde, entre otras cosas, a la consideración geopolítica de la Frontera Sur como una “externalización de la frontera norteamericana”<sup>5</sup> que debe ser sellada, vigilada y controlada a toda costa.

---

<sup>4</sup> Bauman, Zygmunt. *Archipiélago de excepciones*. Argentina: Ediciones Katz, 2008.

Aunado a lo anterior, la insistencia del Estado Mexicano en considerar a la migración centroamericana como una migración voluntaria y “de paso”, motivada únicamente por razones económicas, ha invisibilizado el carácter forzado de tales desplazamientos, neutralizando las posibles respuestas de la comunidad internacional y legitimando la violación de los derechos humanos más básicos de la población migrante.

En ese sentido, y tomando como punto de partida el estudio de la movilización y denuncia social producidas en respuesta a la crisis política guatemalteca de la década de los años ochenta, el propósito de la presente investigación consiste en analizar críticamente el discurso imperante (tanto en espacios académicos institucionales) que construye a los sujetos sur-fronterizos como “migrantes intencionales y económicos en tránsito” abogando en cambio por la consideración de la Frontera Sur como una posible zona de refugio.

Tal giro discursivo, político y conceptual nos permitirá, por un lado, denunciar el abandono institucional y la postura a todas luces violenta y criminalizante del Estado Mexicano en relación con los migrantes centroamericanos y, a la par, (re) situar el análisis de la movilidad internacional desde una postura ética y humanista basada en el respeto a los Derechos Humanos y la búsqueda del bienestar colectivo.

## **2. Inicios del refugio en México: La Crisis Guatemalteca de los Años ochenta**

De acuerdo con Cruz Burguete<sup>6</sup>, hasta la década de los años ochenta, la mayor parte de las inmigraciones centroamericanas hacia México respondían a dos motivos principalmente: el tránsito hacia los Estados Unidos y el trabajo agrícola de carácter estacional. Así pues, México –y especialmente su Frontera Sur- no era considerada una región de destino de las migraciones internacionales.

Sin embargo, a raíz de la profundización de las “políticas de tierra arrasada”<sup>7</sup> desplegadas por el Estado Guatemalteco durante este período, comienza un éxodo

---

<sup>5</sup> Varela Huerta, Amarela. “La securitización de la gubernamentalidad migratoria mediante la externalización de las fronteras estadounidenses a Mesoamérica”. *Contemporánea: toda la historia del presente*, 2015, n.º 4, pp. 1-17.

<sup>6</sup> Cruz Burguete, José Luis. “El retorno del quetzal: del desarraigo a la integración de los refugiados guatemaltecos en Campeche”. *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*, 2000, Vol. 6, Núm. 11, pp. 31-53.

<sup>7</sup> Por “política de tierra arrasada” se entiende a la estrategia desplegada por los gobiernos militares de Romeo Lucas García y Efraín Ríos Montt en Guatemala (1978-1983). Con la excusa de combatir células

masivo de familias e individuos –provenientes principalmente de comunidades indígenas y campesinas del Quiché- quienes cruzan la línea fronteriza con México para huir de los asesinatos, la violencia y la extorsión

Así, durante el año de 1981, aproximadamente 46 mil campesinos guatemaltecos ingresan a Chiapas solicitando refugio y protección al Estado mexicano. A partir de ese año, y hasta 1984, un estimado de 100 000 campesinos ingresan a territorio mexicano, asentándose principalmente en los estados de Chiapas, Campeche y Quintana Roo<sup>8</sup>.

En un primer momento, la reacción del gobierno mexicano consistió en considerar a estas oleadas migratorias como un problema de seguridad nacional, por lo que se realizan deportaciones masivas e indiscriminadas de manera casi automática<sup>9</sup>.

Sin embargo, y ante la postura bélica y confrontativa del Ejército Guatemalteco –lo que incluso llegó a ocasionar conflictos diplomáticos, debido a incursiones ilegales hacia territorio mexicano- se hace necesario pensar en una política migratoria a largo plazo.

De este modo, la postura del Estado Mexicano toma un giro importante: además de aceptar la presencia de Organismos de Naciones Unidas en zonas de concentración, se construyen campamentos para ofrecer servicios básicos a los refugiados y, a par, se dinamizan procesos de integración mediante la expedición de visas humanitarias y otros documentos migratorios.

En 1981, se firma entonces el convenio de Sede entre el Gobierno de México y el Alto Comisionado de Ayuda al Refugiado (ACNUR). Bajo este escenario, se crea en 1983 la Comisión Mexicana de Ayuda a Mexicanos (COMAR) bajo auspicio del ACNUR.

A su vez, en el año de 1984, y en respuesta a la crisis de refugiados en Centroamérica, un grupo de representantes gubernamentales, profesores universitarios y abogados de México y Centroamérica se reunieron en Cartagena, Colombia, y adoptaron lo que se conoce como la Declaración de Cartagena sobre los

---

guerrilleras de afiliación comunista en diversas regiones del país, especialmente en el Quiché, se llevaron a cabo múltiples masacres en comunidades indígenas y campesinas de Guatemala, además de la persecución y represión de gran parte de la sociedad civil guatemalteca.

<sup>8</sup> Kauffer Michel, Edith. “De la frontera política a las fronteras étnicas. Refugiados guatemaltecos en México”. *Frontera Norte*, 2005, Vol. 17, n.º 34, pp. 7-35.

<sup>9</sup> Aguayo, Sergio. *El éxodo centroamericano*. México: Foro 2000, Secretaría de Educación Pública, 1985.

Refugiados. Esta Declaración amplía la definición de refugiado contenida en la Convención de la ONU de 1951 y es uno de los principales aportes del continente al Derecho Internacional de los Refugiados<sup>10</sup>.

De acuerdo con Ortiz Monasterio<sup>11</sup>, la crisis de refugiados guatemaltecos de los años ochenta funcionó por tanto como un detonante para la construcción de una nueva cultura de Derechos Humanos en México.

Además de proteger los derechos fundamentales de los nuevos refugiados, se implementaron políticas sociales y humanitarias de gran importancia, como el respeto a la integridad y la organización tradicional de las comunidades indígenas en la organización de los campamentos. De esta manera, se evitó la burocratización del auxilio médico, alimentario y educativo.

Finalmente, es importante resaltar que la crisis de refugiados guatemaltecos dinamizó de manera importante a la comunidad internacional, produciendo diversas movilizaciones solidarias para ofrecer asistencia humanitaria a dicha población<sup>12</sup>.

En síntesis, la crisis de refugiados guatemaltecos significó una (re) configuración de la Frontera Sur en términos jurídicos, políticos y sociocomunitarios gracias a la conjunción de los siguientes elementos:

- El “redescubrimiento” de la Frontera Sur -hasta entonces relegada del discurso estatal-la cual comienza a ser vista en términos de seguridad nacional. Así, la frontera con Guatemala y Belice se presenta ahora como una frontera-límite, por lo que se intensifican los mecanismos de control migratorio en la zona.
- La creación de dependencias nacionales (COMAR) y la presencia continuada de organismos internacionales (ONU, ACNUR) quienes contribuyen a construir una primera arquitectura institucional abocada a la atención integral de la migración forzada y el desplazamiento.

---

<sup>10</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). *México-Guatemala: un modelo de cooperación humanitaria*, México: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1999.

<sup>11</sup> Ortiz Monasterio, Luis. *Refugiados Guatemaltecos en México: un final feliz*. Washington: OEA, 2004.

<sup>12</sup> Algunas de las organizaciones o actores presentes fueron: La diócesis de San Cristóbal de la Casas, el Programa Mundial de Alimentos, la ONG francesa “Niños y refugiados del mundo”, entre otros.

- La creación de una nueva cultura de los Derechos Humanos en la migración, puesto que se sientan las bases para la integración de la figura jurídica del refugiado en la legislación mexicana (1990) y la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos<sup>13</sup>.
- La ampliación de la definición de refugiado considerado aquella persona que ha debido salir de su país “porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”<sup>14</sup>.

Así, y como resultado de la crisis guatemalteca de los años ochenta, se diferencia de manera explícita (a nivel discursivo, político, institucional y humanitario) entre aquellos “migrantes voluntarios” que aún cuentan con derechos ciudadanos en sus países de origen y “refugiados”, para quienes el retorno a sus países de origen involucra un grave riesgo a su integridad física y emocional.

Aunque de manera incompleta, es innegable que la crisis guatemalteca puso en marcha -desde el Estado Mexicano y desde la sociedad civil- una nueva manera de entender a los desplazamientos humanos de carácter forzado desde un enfoque de protección de derechos y asistencia humanitaria. El refugio se convierte en una realidad en términos jurídicos, políticos y humanitarios.

### **3. Situación Actual: Migración y Derechos Humanos en la Frontera Sur de México**

En las décadas posteriores a la crisis de refugiados guatemaltecos en la Frontera Sur de México, han venido gestándose diversos procesos que han contribuido a la (re) significación de la Frontera Sur de México en términos políticos, económicos y migratorios.

---

<sup>13</sup> Freyermuth Enciso, María Graciela y Hernández Castillo, Rosalva. *Una Década de refugio en México. Los refugiados guatemaltecos y los Derechos Humanos*. México: CIESAS, Cuadernos de la Casa Chata, 1992.

<sup>14</sup> Declaración de Cartagena sobre los Refugiados. Adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

En primer lugar, la profundización del paradigma neoliberal en la región sur-fronteriza -la cual comienza a ser considerada un territorio esencial para la integración económica centroamericana y para el establecimiento de megaproyectos de desarrollo- transforma a la Frontera Sur en una región estratégica para el desarrollo nacional. Por tanto, la privatización y la explotación del territorio aparecen como políticas prioritarias para los gobiernos subsecuentes<sup>15</sup>.

A su vez, el recrudecimiento de las políticas de control migratorio en los Estados Unidos a partir de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, se han traducido en la progresiva securitización de la Frontera Sur de México. Así, se pone en marcha un mecanismo hegemónico sostenido en lo que Campesi<sup>16</sup> denomina “tautología del miedo”: los migrantes centroamericanos aparecen como “agentes infecciosos” capaces de desestabilizar el -aparente- orden y la unidad de la nación.

A la par, y a raíz de la llamada “guerra contra el narcotráfico” llevada a cabo durante el sexenio del entonces Presidente Felipe Calderón Hinojosa (2006-2012), el sur de México experimenta el aumento indiscriminado de bandas criminales operando en la zona. El aumento en los índices de la violencia sirven al Estado mexicano para legitimar el despliegue de agentes policiales y militares a lo largo de toda la región sur-fronteriza.

En ese contexto, el 7 de julio de 2014 el gobierno del actual Presidente Enrique Peña Nieto lanza el “Plan Frontera Sur” un programa de acción el cual, amparándose bajo un discurso de carácter preventivo, profundiza la persecución indiscriminada de migrantes por parte de múltiples fuerzas de seguridad, ahora abocadas al “sellamiento” de la frontera<sup>17</sup>.

Todas estas políticas de control migratorio, coinciden con el recrudecimiento de la inestabilidad política, económica y social en todo el espacio centroamericano, especialmente en el llamado “triángulo norte” (Honduras, Guatemala y El Salvador).

En particular, la expansión de las pandillas urbanas llamadas “maras” -grupos delictivos con gran poder y capacidad de organización que actúan a medida de forma

---

<sup>15</sup> Villafuerte Solís, Daniel. *La Frontera Sur de México: del TLC al Plan Puebla Panamá*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Económicas, 2004.

<sup>16</sup> Campesi, Giuseppe. “Migración, seguridad y confines en la teoría social contemporánea”. *Revista Crítica Penal y Poder*, 2012, n.º 3, pp. 1-20.

<sup>17</sup> Anguiano, María Eugenia y Trejo Peña, Alma. “Políticas de seguridad fronteriza y nuevas rutas de movilidad de migrantes mexicanos y guatemaltecos”. *LiminaR, Estudios Sociales y Humanísticos*, 2007, Vol. 5, n.º 2, pp. 47-65.

coludida con los Estados- se ha traducido en el desplazamiento de un número cada vez mayor de individuos y de familias enteras que deben abandonar su país de manera inmediata debido a las amenazas, la violencia y los asesinatos. Así lo recogen los siguientes testimonios:

Yo vivía bien allá en El Salvador, ahí tenía mi negocio, no me iba tan mal pues (...) pero llegaron las pandillas y empezaron a pedirme dinero (...) al principio les daba pero ya después me cansé y ahí empezaron las amenazas. Un día me enteré que habían matado a un primo que me ayudaba con la tienda y me entró mucho miedo, más por mis hijos pues. Así que agarre mis cosas y me vine para acá (Antonio, 42 años, Cuscatlán, El Salvador).

Yo me vine para acá (Chiapas, México) porque a mi marido me lo mataron, ya ve como está la violencia en Honduras. Y luego a mi hijo más grande se lo querían jalar también, querían que andará en malos pasos (...). Agarran muchachos en la calle y los obligan a robar, y si dicen que no los matan. Junté algo de dinero y pedí prestado a mi hermana y nos cruzamos por Guatemala en la noche. (Mujer, 35 años, Tegucigalpa, Honduras)

Como puede observarse, actualmente en la Frontera Sur de México convergen dos situaciones que han dado lugar a una verdadera crisis migratoria en la región:

- Por un lado, la exacerbación de la violencia en América Central ha derivado en la migración y el desplazamiento masivo de miles de personas que cruzan todos los días la frontera con México para escapar de la violencia. Se trata de una migración desordenada, a menudo sin redes sociales de apoyo sólidas y sin un proyecto migratorio concreto, por lo que la vulnerabilidad y los impactos psicosociales vinculados a la migración son profundos.
- Lo anterior, convive con el aumento indiscriminado de políticas y mecanismos de control migratorio en la región sur-fronteriza. La securitización fronteriza se traduce entonces en la persecución y criminalización de la migración irregular sin tomar en cuenta contextos o situaciones particulares.

La suma de estas situaciones se traduce en un escenario caracterizado por la violación sistemática de los Derechos Humanos de hombres y mujeres migrantes por

parte del Estado Mexicano y otros grupos de poder. Entre las principales vulneraciones identificadas podemos nombrar<sup>18</sup>:

- Abusos y extorsiones por parte del Ejército Mexicano y diversas agencias de seguridad, a menudo coludidas con el crimen organizado. Así, se cobran “cuotas de paso” a los migrantes en tránsito, lo que ha motivado la búsqueda de nuevas rutas muy alejadas de los pasos formales, en las que los asaltos, secuestros, trata de personas y abusos sexuales son frecuentes.
- Detención arbitraria de hombres, mujeres y niños no acompañados, a los que no se les informa de su derecho a solicitar asilo, realizando deportaciones automáticas y sin debido proceso (falta de información acerca de sus derechos, falta de traductores calificados, negación de recursos de revisión, etc.).
- Aseguramiento indiscriminado en “Estaciones Migratorias”, centros de detención de migrantes irregulares caracterizados por el hacinamiento, la incomunicación y la falta de servicios básicos. El abuso de poder, el hostigamiento y el maltrato físico y psicológico ocurren de manera constante en estos centros, especialmente para aquellos individuos interesados en solicitar refugio.
- En dichas Estaciones, a menudo no se respeta el principio de “no separación”, aislando a las familias y colocando a los menores en situación de desprotección. Para aquellos que han solicitado refugio una vez detenidos, se les amenaza continuamente para que se desista de la solicitud y se acepte la deportación.
- Extrema burocratización y discrecionalidad en los trámites y procedimientos para obtener el refugio. Ante el aumento exacerbado en la solicitudes de refugio -más de 90% en el período 2009-2013- la tasa de aprobación de las mismas es tan solo del 24.7%. En particular, la solicitud de refugio sustentada en la violencia urbana es rechazada bajo el argumento de que

---

<sup>18</sup> Además de basarse en las entrevistas realizadas durante el año 2015 y 2016 en la ciudad de Tapachula Chiapas, el presente listado de vulneraciones a Derechos Humanos toma como referencia a los informes realizados por el Centro de Derechos Humanos “Fray Matías de Córdova” durante el año 2008 y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, durante el año 2015.

“pueden emigrar dentro de su mismo país”, ignorando así la vasta estructura organizativa de las pandillas, así como sus estrechos vínculos con el Estado.

- Para aquéllos migrantes que han logrado acceder al refugio o aún no han sido detenidos/deportados por las autoridades migratorias, se evidencia una casi total falta de acceso a servicios básicos de salud, educación, vivienda digna, etc. En los centros de salud, y en clara violación de la legislación mexicana y otras convenciones internacionales ratificadas por México, suelen pedirse documentos migratorios como requisito para gozar de atención médica. Lo mismo ocurre al momento de solicitar la inscripción de algún menor en los centros educativos del país.
- Violencia, discriminación sociolaboral y construcción de nichos laborales precarizados al interior las sociedades de acogida. Particularmente en el caso de las mujeres, el trabajo doméstico, el trabajo sexual y el comercio informal aparecen como únicas fuentes de trabajo para las migrantes irregulares, a menudo extorsionadas y obligadas a trabajar en condiciones cercanas a la esclavitud.
- Falta de acceso a la justicia para el caso de hombres y mujeres migrantes que son víctimas de algún delito durante su estancia en territorio mexicano. A su vez, ha habido un aumento indiscriminado de operativos policiales para detener migrantes, en los cuáles se ha visto amenazada la integridad de defensores y defensoras de Derechos Humanos.

Cómo puede observarse, la creciente precarización de la región centroamericana –consecuencia, entre otras cosas de la adopción de políticas neoliberales que han profundizado la violencia y la desigualdad- convive actualmente con una securitización brutal de la Frontera Sur de México.

La suma de ambos factores ha dado contribuido a conformar un “circuito transnacional de violencia” que afecta de maneras múltiples y profundas a los migrantes centroamericanos. En palabras de una mujer migrante:

Es bien feo, porque uno se va de su país sin quererlo, pa escapar de la violencia pues (...) y después llega a México y la tratan a una igual o peor, como si una fuera un delincuente (...) A mi llegando me asaltaron, fui a poner denuncia y me llevaron

detenida. De ahí me regresaron a El Salvador pero luego llegando pues me regresé. Es que allá no puedo estar, me matan si me quedo por allá (Teresa, 28 años, El Salvador).

Dicha situación de “violencia circular”<sup>19</sup> –dónde un episodio violento encarna al siguiente- es habilitada y legitimada por el discurso del Estado Mexicano, quién insiste en considerar a la violencia centroamericana como una serie de casos aislados y desvinculados de la desigualdad y violencia social presentes en dicho espacio.

De la violencia directa, de alcance masivo –y de corte eminentemente político- que asoló a la región guatemalteca de los años ochenta, se ha transitado entonces a una violencia estructural, privatizada –y de corte económico y social-.

Este último tipo de violencia, que permanece invisible en el discurso de los Estados aunque ya ha sido reconocida por el Derecho Humanitario Internacional, es fácilmente neutralizable bajo el término “migrante”.

Así, la concepción de los desplazados centroamericanos como “migrantes” habilita la indiferencia y la impunidad del Estado, conformando una espiral de violencia – simbólica, material, jurídica, institucional- que parece no tener fin.

Los “migrantes” son (re) presentados –desde el discurso estatal- como los únicos responsables de su situación. Se considera que su decisión –“libre y voluntaria”- de abandonar sus comunidades de origen es la causa de todas sus penurias puesto que, al salir, han renunciado libremente a todos sus derechos ciudadanos. En palabras de un migrante salvadoreño entrevistado en la ciudad de Tapachula, México:

Cuando estas ahí encerrado [en la Estación Migratoria] todo el tiempo te tratan mal, te pegan, te dicen de groserías. Todo el tiempo te andan diciendo ¿para qué viniste? Si nadie te dijo que vinieras, tu tienes la culpa por venirte para acá (Antonio, 22 años, San Salvador).

Así, al no ser considerados “ciudadanos” desde el discurso del Estado, los migrantes pierden automáticamente el estatuto de persona, legitimándose así la violación progresiva y sistemática de sus Derechos Humanos por parte de actores estatales y privados. Tales son las consecuencias de abordar al fenómeno migratorio sur-fronterizo desde un enfoque de seguridad nacional –y “migración voluntaria”- que favorece la

---

<sup>19</sup> Cabrera, Martha. “Exceso y defecto de la memoria: violencia política, terror, visibilidad e invisibilidad”. *Oasis*, 2005, n.º 11, pp. 39-55.

individualización y el aislamiento de los individuos en situación de desplazamiento, y no bajo un enfoque colectivo de Derechos Humanos y respeto a la vida y a la dignidad de los sujetos.

#### **4. Conclusiones: (Re) pensar la Frontera Sur en términos de Refugio**

Cómo puede observarse, la desaparición del término “refugio” al interior del discurso del Estado mexicano, ha derivado en la desprotección de las y los migrantes ante las múltiples violencias –políticas, económicas, sociales- propias del modelo neoliberal. Más aún, ha convertido al mismo Estado en el perpetrador de violaciones sistemáticas a los Derechos Humanos de la población centroamericanas en situación de movilidad.

La desaparición y neutralización del discurso –y la práctica- del refugio es evidencia clara de que el paradigma institucional en torno a la Frontera Sur se sostiene en un enfoque de seguridad nacional, en dónde la ciudadanía y la “situación migratoria regular” funcionan como los criterios universales para el reconocimiento del goce de derechos –en clara contravención a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Una manera de contrarrestar este enfoque y sus nocivos efectos en el bienestar de las y los migrantes, consiste en volver a pensar al territorio sur-fronterizo como una frontera humanitaria: un territorio de salvaguarda en dónde se visibiliza claramente la crisis de un modelo económico inhumano basado en la depredación y el despojo.

Pensar la frontera sur en términos de refugio significa (re) humanizar la frontera, reconociendo asimismo que la violencia política y/o militar, a pesar de su innegable crudeza, no debería ser el único criterio para hablar de refugio –y refugiados- puesto que existen nuevas y sutiles violencias que sin embargo inciden directamente en el bienestar de los individuos, ocasionando sufrimiento y desesperación. Nuevas violencias que hacen necesario pensar en nuevas respuestas a nivel jurídico, político, institucional y colectivo.

En ese sentido, el retomar, expandir y “actualizar” la noción de refugio nos permitirá, además de contar con un sustento jurídico mucho más elaborado en comparación con la idea de “migración/migrantes internacionales”, el poder dinamizar y socializar criterios sociopolíticos basados en ideas de protección y cuidado, construyendo así un sentimiento de responsabilidad compartida capaz de conectar a diferentes esferas de la sociedad.

En síntesis, el (re) significar a la Frontera Sur como una región de refugio, además de plantear un ejercicio de memoria social sumamente poderoso en términos de (re) construcción del tejido comunitario, permitirá adentrarnos en lo que Nussbaum<sup>20</sup> denomina “emociones políticas”, es decir la posibilidad de incluir al amor, la empatía, la compasión y la solidaridad como criterios normativos esenciales que ayuden a conformar el espacio público, político y social de los estados contemporáneos, caracterizados por la movilidad, el desplazamiento, la transitoriedad. Tal es la labor y es el espíritu de la Declaración Universal de los Derechos Humanos a sesenta y ocho años de su lanzamiento.

### Referencias Bibliográficas

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). *México-Guatemala: un modelo de cooperación humanitaria*, México: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1999.
- Anguiano, María Eugenia y Trejo Peña, Alma. “Políticas de seguridad fronteriza y nuevas rutas de movilidad de migrantes mexicanos y guatemaltecos”. *LiminaR, Estudios Sociales y Humanísticos*, 2007, Vol. 5, Núm. 2, pp. 47-65.
- Aguayo, Sergio. *El éxodo centroamericano*. México: Foro 2000, Secretaría de Educación Pública, 1985.
- Arias, Randall. “Gobernanza de la seguridad y estado de derecho en Centroamérica: Nuevos déficits democráticos”. *Anuario Centro de Investigación y Estudios Políticos*, 2011, Vol. 2, pp. 3-21.
- Bauman, Zygmunt. *Archipiélago de excepciones*. Argentina: Ediciones Katz, 2008.
- Cabrera, Martha. “Exceso y defecto de la memoria: violencia política, terror, visibilidad e invisibilidad”. *Oasis*, 2005, Núm. 11, pp. 39-55
- Campesi, Giuseppe. “Migración, seguridad y confines en la teoría social contemporánea”. *Revista Crítica Penal y Poder*, 2012, n.º. 3, pp. 1-20.
- Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova, Hogar de la Misericordia y Due Process of Law Foundation. *La Crisis de los Derechos Humanos en la Frontera*

---

<sup>20</sup> Nussbaum, Martha. *Emociones Políticas ¿Por qué el amor es importante para la justicia*. México: Editorial Paidós, 2014.

Sur de México, 2008. [En línea].  
<[http://www.sinfronteras.org.mx/attachments/article/162/DOCUMENTO\\_CRIS\\_IS\\_DERECHOS\\_HUMANOS\\_FRONTERA\\_SUR.pdf](http://www.sinfronteras.org.mx/attachments/article/162/DOCUMENTO_CRIS_IS_DERECHOS_HUMANOS_FRONTERA_SUR.pdf)> [20 de agosto de 2016].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Situación de los Derechos Humanos en México*. 2015. [En línea].  
<<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>> [23 de agosto de 2016].

Cruz Burguete, José Luis. "El retorno del quetzal: del desarraigo a la integración de los refugiados guatemaltecos en Campeche". *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*, 2000, vol. 6, n.º 11, pp. 31-53.

Declaración de Cartagena sobre los Refugiados. Adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

Fábregas Puig, Andrés *et. al.* *La Formación histórica de la Frontera Sur*. México: CIESAS Sureste (Cuadernos de la Casa Chata), 1985.

Freyermuth Enciso, María Graciela y Hernández Castillo, Rosalva. *Una Década de refugio en México. Los refugiados guatemaltecos y los Derechos Humanos*. México: CIESAS (Cuadernos de la Casa Chata), 1992.

Kauffer Michel, Edith. "De la frontera política a las fronteras étnicas. Refugiados guatemaltecos en México". *Frontera Norte*, 2005, vol. 17, n.º 34, pp. 7-35.

Liedo Fernández, José Pablo. "Introducción". En Hernández Daumás, Salvador (coord.) *Frontera Sur de México: Cinco formas de interacción entre sociedad y ambiente*. Tapachula: Ediciones El Colegio de la Frontera Sur, 2005, pp. 9-14.

Nussbaum, Martha. *Emociones Políticas ¿Por qué el amor es importante para la justicia*. México: Editorial Paidós, 2014.

Ortíz Monasterio, Luis. *Refugiados Guatemaltecos en México: un final feliz*. Washington: OEA, 2004.

Somohano, Katya y Yankelevich, Pablo (coords.). *El refugio en México. Entre la historia y los desafíos contemporáneos*. México: COMAR/SEGOB, 2011.

Varela Huerta, Amarela. “La securitización de la gubernamentalidad migratoria mediante la externalización de las fronteras estadounidenses a Mesoamérica”. *Contemporánea: toda la historia del presente*, 2015, n.º 4, pp. 1-17.

Villafuerte Solís, Daniel. *La Frontera Sur de México: del TLC al Plan Puebla Panamá*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Económicas, 2004.

Villafuerte Solís, Daniel y García Aguilar, María del Carmen. “Algunas causas de la migración internacional en Chiapas”. *Economía y Sociedad*, 2016, n.º 21, pp. 41-58.

# A LEI DA NACIONALIDADE PORTUGUESA E A CIDADANIA COMO INSTRUMENTO DE INTEGRAÇÃO

## THE PORTUGUESE NATIONALITY'S LAW AND THE CITIZENSHIP AS AN INSTRUMENT OF INTEGRATION

Fernanda de Andrade Freire Lima  
*Universidade do Minho*

**Resumo:** O fenômeno da migração não é algo novo, pois os seres humanos sempre estiveram em movimento em busca de melhores condições de vida. Embora os fluxos migratórios entre fronteiras sejam responsáveis pela formação dos Estados desde tempos imemoriais, a diferença que tem-se observado nos últimos anos é o seu alcance global. A migração ganhou uma relevância política crescente nas últimas décadas e os migrantes transformaram-se em assunto central na elaboração de políticas públicas domésticas e internacionais, pois o deslocamento deles traz consequências sociais e econômicas consideráveis. O MIPEX (*Migrant Integration Policy Index*) é uma listagem que mede as políticas de integração dos migrantes. O MIPEX publicado em 2015 avaliou o que trinta e oito Estados estão fazendo para promover a integração dos migrantes nos seus territórios. Portugal obteve a melhor pontuação e, portanto, o primeiro lugar no *ranking* na avaliação do quesito de acesso à nacionalidade. O MIPEX considerou a Lei da Nacionalidade portuguesa (Lei nº 37/81) como a mais efetiva para a integração dos migrantes dentre todos os Estados avaliados. As benesses da referida lei e seus eventuais defeitos podem ser analisados sob o prisma da teoria ética da imigração de Joseph Carens, cientista político que estuda especialmente os assuntos ligados à imigração e à comunidade política.

**Palavras-chave:** Migrantes, Integração, Nacionalidade.

**Abstract:** The migration phenomenon it's not something new, for the human beings have been always moving and searching for better conditions in life. Though the migrations between frontiers are responsible for the formation of the States since immemorial times, the difference that can be seen in the last years is the matter's global reach. The issue has gained a political significance in the last decades and the migrants have become a burning question for public policies, domestic and international ones, since their displacement brings important consequences, in the social and economic fields. The MIPEX is a listing that measures the integration policies that have been applied to the migrants. The MIPEX published in 2015 evaluated what thirty and eight States are doing to promote the migrants' integration in their territories. Portugal conquered the first place in the ranking about access to the nationality. The MIPEX judged the Portuguese nationality's law as the most effective for the integration of migrants among all the States evaluated. The benefits and the imperfections of the aforesaid law can be analyzed under the perspective of the ethics of immigration, theory of Joseph Carens, political scientist that specially studies the matters of immigration and political community.

**Keywords:** Migrants, Integration, Nationality.

### 1. Introdução

O fenômeno da migração não é algo novo, pois os seres humanos sempre estiveram em movimento em busca por novas oportunidades ou em fuga da pobreza, da guerra e da degradação ambiental. Embora os fluxos migratórios entre fronteiras sejam responsáveis

pela formação dos Estados e das sociedades desde tempos imemoriais, a diferença que tem-se observado nos últimos anos é o seu alcance global. A migração ganhou uma relevância política crescente nas últimas décadas e os migrantes transformaram-se em assunto central na elaboração de políticas públicas domésticas e internacionais, pois o deslocamento deles traz consequências sociais e econômicas consideráveis<sup>1</sup>.

Os movimentos migratórios, em sua maioria, não se justificam pela pobreza e violência. Ao contrário, as migrações internacionais exigem recursos financeiros e, dessa forma, a maioria dos migrantes “Sul-Norte” não são provenientes nem dos países, nem das classes mais pobres. São migrações motivadas pela busca de melhores oportunidades e estilos de vida noutra lugar. Alguns migrantes passam por abuso ou exploração, mas a maioria tem benefícios com o deslocamento e melhora de vida. Sem dúvida, eles acreditam que as condições no país de acolhimento são melhores do que no país de origem, pois, se assim não fosse, as migrações não teriam um motivo que justificasse a sua continuidade<sup>2</sup>.

Parafraseando Michael Walzer, os seres humanos movimentam-se muito, mas não por querer. A maioria das pessoas tem predisposição para permanecer no seu país de origem, a menos que a vida neste lugar apresente dificuldades consideráveis. Há uma tensão entre o amor a um lugar e o desconforto sentido em outro. Enquanto uns escolhem deixar suas terras, tornando-se estrangeiros em novos países, outros permanecem onde estão e ressentem-se quanto à existência de estrangeiros no seu país<sup>3</sup>.

O conceito de estrangeiro pressupõe sempre uma exclusão, tanto no âmbito do Direito Internacional quanto no âmbito do Direito dos Estados, pois é classificado nesta condição o indivíduo “(...) a quem não é reconhecida a qualidade de nacional ou cidadão desse Estado e, assim, aquele que não pertence à respectiva comunidade estadual, ou seja, que dela não é membro”<sup>4</sup>.

Assim, são cidadãos ou nacionais de um Estado aqueles que têm direitos e deveres específicos, associados ao pertencimento a uma comunidade política estadual. Os Estados são soberanos e, portanto, livres para decidirem quem são os seus cidadãos. Desde que os requisitos estabelecidos para a determinação da cidadania não ensejem discriminação ou uma dificuldade desproporcional, o Estado tem a prerrogativa de

---

<sup>1</sup> Castles, Stephen *et al.* (coords.). *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*. 5ª ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2014, pp. 5-7.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 5-7.

<sup>3</sup> Walzer, Michael. *As Esferas da Justiça*. Lisboa: Fundamentos, 1999, p. 52.

<sup>4</sup> Mesquita, Maria José Rangel de. *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros na Ordem Jurídica Portuguesa: Uma Perspetiva Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 11.

decidir sobre os critérios necessários e tal decisão não será considerada injusta ou oposta às normas internacionais de direitos humanos<sup>5</sup>.

Os estrangeiros, na Europa, podem ser classificados em dois grupos, consoante o critério de titularidade de um direito de residência: os residentes e os não residentes. São os residentes que interessam para a análise proposta neste trabalho. Dentre eles, a titularidade do direito de residência pode ser concedida aos cidadãos da União Europeia (UE) ou aos cidadãos de Estados terceiros, ou seja, não pertencentes à União.

A condição de imigrante residente pressupõe uma adaptação a um novo ambiente, a novos costumes, a uma nova cultura, seja esse imigrante cidadão europeu ou não. Contudo, os cidadãos europeus gozam de uma certa facilidade no seu processo de integração, pelo menos na perspectiva jurídica, pois a Diretiva 2004/38/CE determinou que eles têm o direito de livre circulação e residência. Quanto a este último, os cidadãos europeus têm direito a residir em outro Estado Membro, sem condições ou formalidades, pelo período de três meses. Após esse tempo, o direito mantém-se, desde que exerçam uma atividade assalariada ou não, ou estejam matriculados em um estabelecimento de ensino, dispondo de recursos suficientes para a sobrevivência e de uma cobertura extensa de um seguro saúde no Estado de acolhimento. A Diretiva tornou mais simples as formalidades para o exercício do direito de residência, extinguindo a necessidade da autorização de residência para os cidadãos comunitários<sup>6</sup>. Ademais, os cidadãos europeus que passam a residir no território de outro Estado Membro têm direitos iguais aos nacionais daquele Estado.

Com os cidadãos dos Estados terceiros ocorre situação diversa. É verdade que a Diretiva 2003/109/CE instituiu o estatuto de residente de longa duração com o objetivo de proporcionar aos nacionais de países não comunitários um tratamento equitativo, ou seja, tentou-se fazer com que os direitos titulados por aqueles indivíduos fossem tão próximos quanto possível dos direitos titulados pelos cidadãos da União. Contudo, a concessão do referido estatuto não é automática e os Estados Membros tem uma margem muito ampla na apreciação do pedido. Os nacionais de países terceiros não têm um direito subjetivo à concessão do estatuto, ainda que cumpram os requisitos de residirem legal e ininterruptamente no território do Estado Membro durante cinco anos e

---

<sup>5</sup> Jerónimo, Patrícia. “Cidadania e Reconstrução da Identidade Nacional em Contextos Multiculturais”. *Interações*, 2015, 36, pp. 4-6.

<sup>6</sup> Jerónimo, Patrícia. “A cidadania como instrumento de inclusão. Significado e alcance da promessa de uma cidadania cívica da União Europeia”. In Rocha, Joaquim Freitas da (org.). *Anuário de Direito Público da Escola de Direito da Universidade do Minho*. Braga: Departamento de Ciências Jurídicas Públicas. Escola de Direito da Universidade do Minho, 2012, pp. 203-204.

façam prova de que possuem recursos para a sua subsistência, não havendo necessidade de recorrer à assistência social do país, e de que possuem um seguro saúde. Ademais, os Estados Membros têm autorização para exigir que sejam cumpridas condições de integração, no entanto não há um consenso europeu sobre o que sejam tais condições, tampouco elas são definidas na Diretiva. Esta deixa em aberto diversas oportunidades para os Estados Membros desrespeitarem os direitos conferidos pelo documento e é silente sobre direitos importantes, como o acesso à Justiça, o livre exercício de atividades culturais e religiosas e a participação política<sup>7</sup>.

A única maneira que os nacionais de países terceiros, residentes legalmente, têm para serem realmente integrados no Estado Membro de acolhimento, pelo menos do ponto de vista jurídico, é a aquisição ou a atribuição da nacionalidade. É válida a ressalva de que a integração completa por meio da cidadania ocorre apenas na perspectiva legal, pois sabe-se que o estatuto de cidadão garante uma igualdade apenas formal aos imigrantes transformados em nacionais, mas, na prática, eles podem continuar a sofrer discriminação na sociedade em que vivem por serem identificados como diferentes. Mesmo assim, a concessão da cidadania aos imigrantes residentes é a forma mais adequada para garantir que, após um período de residência e, portanto, de adaptação ao país, eles tenham efetivamente os mesmos direitos que os nacionais.

O MIPEX (*Migrant Integration Policy Index*) é uma listagem que mede as políticas de integração dos migrantes por meio da análise de oito quesitos: mobilidade no mercado de trabalho, educação das crianças, participação política, reunião familiar, acesso à nacionalidade, saúde, residência permanente e antidiscriminação. O MIPEX publicado em 2015 avaliou o que trinta e oito Estados estão fazendo para promover a integração dos migrantes nos seus territórios. Na classificação final, apareceu em primeiro lugar, com a maior pontuação, a Suécia, sendo este país, portanto, o melhor na aplicação de políticas de integração dos migrantes. Em segundo lugar, Portugal, que obteve a melhor pontuação e, portanto, o primeiro lugar no *ranking* na avaliação do quesito de acesso à nacionalidade. O MIPEX considerou a Lei da Nacionalidade portuguesa (Lei nº 37/81) como a mais efetiva para a integração dos migrantes dentre os trinta e oito Estados avaliados. As benesses da referida lei e seus eventuais defeitos podem ser analisados sob o prisma da teoria ética da imigração de Joseph Carens, cientista político que estuda especialmente os assuntos ligados à imigração e à comunidade política.

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 211-214.

## 2. A Lei da Nacionalidade portuguesa e a cidadania como meio para a integração

Segundo Carens, o acesso à nacionalidade é importante por três razões: i) os direitos políticos fundamentais de votar nas eleições nacionais e de concorrer aos cargos políticos geralmente só são concedidos aos cidadãos; ii) a realidade política e jurídica é que, em geral, os direitos dos cidadãos estão mais assegurados do que os direitos dos não cidadãos e iii) a cidadania tem uma importância simbólica grande como um sinal de pertencimento completo à comunidade política<sup>8</sup>.

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa (CRP), prevê que são excluídos da esfera jurídica dos estrangeiros: i) os direitos políticos; ii) o exercício das funções públicas que não tenham um caráter predominantemente técnico; iii) os direitos e deveres reservados pela Constituição exclusivamente aos cidadãos portugueses e iv) os direitos e deveres reservados pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses.

A CRP dispõe, em seu artigo 4º, que a qualidade de cidadão português é reconhecida a todos aqueles que como tal sejam considerados por lei ou por convenção internacional. O direito à cidadania é ainda previsto como um direito pessoal no artigo 26º, também da CRP. A Lei nº 37/81, nomeada Lei da Nacionalidade, dispõe sobre o regime jurídico de atribuição, aquisição e perda da nacionalidade. Importa esclarecer que o uso dos termos “cidadania” e “nacionalidade” como sinônimos é comum e muito tradicional tanto no Direito Internacional, quanto no Direito interno dos Estados europeus, inclusive Portugal<sup>9</sup>.

A cidadania e, portanto, o pertencimento a uma determinada comunidade política é um *status* geralmente adquirido no nascimento, pelos critérios do *jus sanguinis*, para o qual importa a consanguinidade ou filiação, do *jus soli*, para o qual é relevante o território de nascimento, ou de uma combinação de ambos os critérios.

A Lei nº 37/81 atribui, em seu artigo 1º, nº 1, a nacionalidade originária primeiro utilizando o critério da consanguinidade, ou seja, filhos de mãe portuguesa ou pai português, nascidos em Portugal ou no estrangeiro, são automaticamente portugueses também. Ainda, os nascidos no estrangeiro, mas com um ascendente português de 2º grau, em linha reta, também têm direito à cidadania portuguesa.

Contudo, como observado por Carens, os países europeus, geralmente filiados à tradição do *jus sanguinis*, acrescentaram à legislação sobre nacionalidade normas para o acesso à cidadania baseadas no *jus soli*, para filhos de pais imigrantes que são

---

<sup>8</sup> Carens, Joseph. “The Integration of Immigrants”. *Journal of Moral Philosophy*, 2005, 1, Vol. 2, p. 35.

<sup>9</sup> Jerónimo, Patrícia. “Cidadania e Reconstrução...”, p. 5.

residentes permanentes. Isso porque a exclusão dos descendentes de imigrantes do direito à cidadania, geração após geração, passou a ser considerada como incompatível com os princípios democráticos<sup>10</sup>. Para o autor, a justiça requer que os Estados democráticos garantam a cidadania no momento do nascimento para os descendentes de imigrantes residentes<sup>11</sup>.

As crianças que nascem em um Estado democrático no qual os seus pais estão estabelecidos como imigrantes residentes devem ter acesso automático à cidadania no nascimento, pois o mais provável é que cresçam nesse Estado e que, portanto, a sua formação social, as suas chances na vida, as escolhas que farão serão profundamente afetadas pelas políticas do Estado. Os laços que tais crianças desenvolverão com a comunidade conferem a elas o direito de serem reconhecidas como membros<sup>12</sup>.

A Lei nº 37/81 confere o acesso à cidadania aos filhos dos imigrantes residentes no momento do nascimento. O art. 1º, nº 1, em suas alíneas “e” e “f”, prevê a atribuição da nacionalidade originária à terceira e à segunda geração de imigrantes, respectivamente.

A alínea “e” determina que são portugueses os indivíduos nascidos em território português, filhos de estrangeiros, se pelo menos um dos progenitores também tiver nascido em Portugal e nele tiver residência. É o que Carens chama de regra de duplo *jus soli*, a qual garante a cidadania no nascimento para qualquer criança nascida em um Estado onde seus pais também tenham nascido. Para o autor, não é razoável imaginar que os filhos de pessoas que passaram a vida inteira em um país retornariam para a terra natal dos seus avós ou bisavós e por isso as legislações que garantem o acesso à nacionalidade às chamadas terceiras gerações de imigrantes estão em consonância com os princípios democráticos<sup>13</sup>.

Já a alínea “f” dispõe que os indivíduos nascidos em território português, filhos de estrangeiros, caso um dos progenitores resida em Portugal legalmente há pelo menos cinco anos, têm direito a atribuição da nacionalidade originária, se declararem que querem ser portugueses. Tal regra para a concessão da nacionalidade às segundas gerações de imigrantes, ou seja, aos filhos de imigrantes que chegaram ao território português já adultos e nele fixaram residência, merece crítica do ponto de vista da teoria de Carens por depender da declaração dos interessados. No entender do cientista

---

<sup>10</sup> Carens, Joseph. “The Integration...”, p. 38.

<sup>11</sup> *Id.* *The Ethics of Immigration*. Oxford: Edição Digital, Capítulo 2, p. 3.

<sup>12</sup> *Ibidem*. Capítulo 2, p. 30.

<sup>13</sup> *Ibidem*. Capítulo 2, p. 40.

político, não é suficiente que os Estados apenas deem a possibilidade do direito à cidadania, deixando que aqueles que poderiam gozar de tal direito façam a opção por exercê-lo ou não. O autor argumenta que, da mesma forma que a cidadania não é opcional para os filhos dos nacionais de um Estado, é errado considerá-la como apenas uma hipótese para os descendentes de imigrantes que crescem no país. Para Carens, a situação enseja um acesso automático à cidadania originária se os pais são residentes regulares<sup>14</sup>.

Quanto à primeira geração de imigrantes, isto é, aqueles que chegam a um novo Estado já adultos e aí fixam residência legal, Carens afirma que tais indivíduos também têm direito à cidadania, uma vez que tenham se estabelecido firmemente como membros da sociedade. A questão sobre esses imigrantes não pode ser se eles ainda mantêm laços com a sociedade de origem ou se até mesmo podem voltar para lá um dia. O ponto a ser levado em consideração deve ser o fato de que eles construíram uma vida na sociedade do país de acolhimento e, dessa forma, têm o direito à manutenção da sua vida neste local. Nesse contexto, seria errado negar-lhes o *status* de membro da comunidade política<sup>15</sup>.

Conforme ensina Carens, as reivindicações morais dos imigrantes adultos no tocante ao acesso à cidadania são baseadas em dois argumentos: i) a condição de membro da sociedade e ii) a legitimidade democrática<sup>16</sup>.

Quanto à primeira, é verdade que os imigrantes adultos receberam a sua formação social num outro Estado e, assim, o seu pertencimento à comunidade não é tão óbvio quanto o pertencimento dos seus filhos, que podem nascer e crescer nessa novo país. No entanto, a formação social original de um indivíduo não é o único caminho para a sua efetivação como membro. A vida em comunidade e a fixação de um novo lar, fazem com que os imigrantes adultos desenvolvam uma rede de relações interpessoais, a qual multiplica-se e aprofunda-se. Os seus interesses passam a ser muito semelhantes aos dos outros membros e as suas escolhas de vida passam a depender das políticas e das leis do Estado de acolhimento. Em algum momento, um limite é atingido e a partir de então os imigrantes adultos já encontram-se há um tempo considerável no novo país e são membros da comunidade, indubitavelmente. Nessa situação, eles têm o direito ao

---

<sup>14</sup> Carens, Joseph. "The Integration...", p. 37.

<sup>15</sup> *Ibidem.* pp. 38-39.

<sup>16</sup> Carens, Joseph. *The Ethics...*, Capítulo 3, p. 13.

reconhecimento da sua condição de membro por meio da garantia ao acesso à nacionalidade<sup>17</sup>.

Quanto à segunda reivindicação, Carens afirma que é um princípio fundamental da democracia que todos possam participar na elaboração das leis e na escolha dos representantes que realmente as elaboram, assim que atinjam idade suficiente para a participação política. Como já explicitado acima, os direitos políticos são geralmente privativos dos cidadãos — em Portugal são exclusivos dos cidadãos portugueses — e, assim, para que haja de fato uma legitimidade democrática, os adultos que vivem regularmente em uma comunidade política devem ter acesso ao direito à cidadania<sup>18</sup>.

A Lei nº 37/81, em seu artigo 6º, estabelece as regras para a aquisição da nacionalidade por naturalização. No nº 1 do mencionado artigo, a lei dispõe sobre os requisitos gerais para a naturalização de imigrantes adultos, se estes satisfizerem, cumulativamente, os requisitos: i) serem maiores ou emancipados à face da lei portuguesa; ii) residirem legalmente no território português há pelo menos seis anos; iii) conhecerem suficientemente a língua portuguesa; iv) não terem sido condenados, com trânsito em julgado da sentença, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa e v) não constituam perigo ou ameaça para a segurança ou defesa nacional, pelo seu envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo.

O MIPEX elogia a reforma desta parte da lei, ocorrida em 2006, por ter colocado todos os imigrantes em condições de igualdade, quanto ao lapso temporal necessário para a aquisição da nacionalidade por naturalização. O curioso é observar que a mudança ocorrida em 2006 na verdade fez esse aspecto da lei voltar a ser como era em sua primeira versão. Na altura da elaboração da lei, 1981, o prazo mínimo exigido de residência para a naturalização era também de seis anos. Uma segunda versão da lei, publicada em 1994, instituiu prazos diferenciados consoante o pertencimento ou não do imigrante a Estados lusófonos. Caso o aspirante à cidadania portuguesa fosse nacional de um país de língua oficial portuguesa, o decurso do tempo mínimo para a naturalização mantinha-se nos seis anos. No entanto, se o aspirante fosse nacional de qualquer outro país, o prazo estendia-se para dez anos. Assim, a reforma de

---

<sup>17</sup> *Ibidem*. Capítulo 3, pp. 13-14.

<sup>18</sup> *Ibidem*. Capítulo 3, pp. 14-15.

2006 apenas resgatou a intenção do legislador da primeira versão, não fazendo mais diferença entre nacionais de países lusófonos ou não.

Ademais, o artigo 6º da Lei nº 37/81, em seus números 2 e 5, é muito benéfico na concessão da naturalização aos nascidos em Portugal que, por alguma razão, no momento do seu nascimento, não reuniam as condições necessárias para a nacionalidade originária.

O número 2 estabelece que os menores, filhos de estrangeiros, nascidos em território português, podem ser naturalizados, desde que conheçam suficientemente a língua portuguesa e não tenham sido condenados pela prática de crime punível com pena igual ou superior a três anos e se, no momento do pedido, um dos progenitores for residente legal há pelo menos cinco anos ou se o menor tiver concluído em Portugal o primeiro ciclo do ensino básico.

Já o número 5 dispõe que a naturalização pode ser concedida, com dispensa do requisito de residência legal há pelo menos seis anos, àqueles nascidos no território português, filhos de estrangeiros, que em Portugal tenham permanecido habitualmente nos dez anos imediatamente anteriores ao pedido.

Sobre a naturalização de menores, é oportuno criticar a opção do legislador português em apenas conceder esse benefício aos indivíduos nascidos em Portugal, quando filhos de pais estrangeiros. Aos não nascidos em território português, mas menores ou incapazes, a Lei nº 37/81 dispõe, em seu artigo 2º, que a aquisição da nacionalidade destes depende da aquisição, em primeiro lugar, da nacionalidade pelo pai ou pela mãe. Assim, os menores ou incapazes que nasceram em outro Estado só podem adquirir a nacionalidade portuguesa, mediante declaração, após um dos progenitores tornar-se cidadão português.

Esse aspecto da lei impede que crianças que chegam ainda muito jovens em Portugal e que, portanto, passam a maior parte de sua vida em território português e são influenciadas pela cultura e pela sociedade portuguesas sejam naturalizadas. Precisam esperar que o pai ou a mãe reúnam os requisitos para o acesso à nacionalidade ou a sua chegada à maioridade, passando pelo processo de naturalização previsto no artigo 6º, nº 1.

Conforme observa Carens, os imigrantes que chegam na infância são muito parecidos, de uma perspectiva sociológica e moral, com os filhos dos imigrantes adultos que nascem no Estado de acolhimento. As crianças imigrantes pertencem à comunidade e deveriam ter seu pertencimento reconhecido pelo acesso à cidadania. O novo país onde uma criança imigrante vive é responsável por moldar a sua socialização, a sua

educação, suas chances na vida, sua identidade e suas oportunidades políticas. O novo país é sua casa e, por isso, a criança imigrante tem profundo interesse em ver-se e ser vista como um membro da comunidade política. Para o autor, o acesso à cidadania para as crianças imigrantes deveria ser incondicional e automático. Incondicional, pois a criança não pode ser submetida a testes de conhecimento da cultura ou valores ou a padrões de comportamento, condicionando o direito à cidadania. Automática, pois o autor não considera suficiente apenas a opção de acesso à nacionalidade, deixando que o exercício de um direito seja uma escolha. Para Carens, a cidadania deveria ser concedida automaticamente para as crianças que chegaram muito jovens e cresceram no Estado de acolhimento<sup>19</sup>.

### 3. Considerações finais

Como foi demonstrado, a Lei da Nacionalidade portuguesa é, sim, muito benéfica e inclusiva, e merece a pontuação e os elogios recebidos na listagem MIPEX. Ainda que caibam algumas críticas, a lei está, em sua maioria, de acordo com os princípios éticos tocantes à imigração defendidos e explicados por Joseph Carens. É de se esperar que o Estado português, incentivado por essa honra de ter a melhor legislação sobre acesso à nacionalidade na União Europeia, continue o trabalho para o contínuo aperfeiçoamento da norma e para que cada vez mais imigrantes em Portugal beneficiem-se dessa lei e procedam à integração ampla, dentro de uma perspectiva jurídica. O acesso à nacionalidade é um prêmio por uma integração prévia, pelos vários anos vividos no Estado de acolhimento, cumprindo deveres, respeitando as normas vigentes e também exercendo direitos.

Sabe-se que, como foi dito, o acesso à nacionalidade é o ponto máximo da integração formal, ou seja, perante a lei, os antigos estrangeiros agora estão em pé de igualdade com os nacionais. Entretanto, a igualdade formal que a cidadania representa nem sempre traduz-se na igualdade material, pois muitos imigrantes que tornam-se nacionais continuam a ser discriminados e tratados como estranhos pela sociedade em que estão inseridos. Como exemplo, Portugal obteve uma nota muito ruim na listagem MIPEX no quesito saúde. Isso significa que o acesso dos imigrantes à saúde pública portuguesa poderia ser mais eficiente.

É necessário que Portugal e os demais Estados comunitários preocupem-se com a efetivação de políticas públicas que reflitam os desejos da maioria dos imigrantes

---

<sup>19</sup> *Ibidem*. Capítulo 3, pp. 3-7.

por oportunidades econômicas e sociais. Oportunidades, importante destacar, semelhantes àquelas garantidas aos nacionais “originários”. É preciso que a sociedade de acolhimento respeite as identidades culturais dos imigrantes. Os imigrantes precisam adaptar-se à sociedade que os acolhe e, ao mesmo tempo, a sociedade também precisa adaptar-se às novas culturas, às novas línguas e aos novos costumes que eles trazem<sup>20</sup>.

### Referências bibliográficas

Carens, Joseph. *The Ethics of Immigration*. Oxford: Edição Digital.

----- “The Integration of Immigrants”. *Journal of Moral Philosophy*, 2005, 1, Vol. 2, pp. 29-46.

Castles, Stephen *et al.* (coords.). *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*. 5ª ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2014.

Jerónimo, Patrícia. “A cidadania como instrumento de inclusão. Significado e alcance da promessa de uma cidadania cívica da União Europeia”. In Rocha, Joaquim Freitas da (org.). *Anuário de Direito Público da Escola de Direito da Universidade do Minho*. Braga: Departamento de Ciências Jurídicas Públicas. Escola de Direito da Universidade do Minho, 2012.

----- “Cidadania e Reconstrução da Identidade Nacional em Contextos Multiculturais”. *Interações*, 2015, 36, pp. 3-19.

Mesquita, Maria José Rangel de. *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros na Ordem Jurídica Portuguesa: Uma Perspetiva Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2012.

Walzer, Michael. *As Esferas da Justiça*. Lisboa: Fundamentos, 1999.

---

<sup>20</sup> Carens, Joseph. “The Integration...”, p. 46.



## A FEMINIZAÇÃO DO TRABALHO MIGRANTE: DA CEGUEIRA TOTAL A UMA VISIBILIDADE PARCIAL

### THE FEMINIZATION OF MIGRANT LABOUR: THE BLINDNESS TOTAL A PARTIAL VISIBILITY

Isabelle Dias Carneiro Santos

*Universidade Federal do Mato Grosso do Sul*

Getúlio Raimundo de Lima

*Instituto de Direitos Humanos de Mato Grosso do Sul*

**Resumo:** A migração não é um fenômeno recente na história da humanidade, sendo desencadeada por distintos motivos, como guerras, fome e desastres naturais. Mas é a partir do século XX que a figura do migrante passa a estar atrelada ao trabalho, em geral, pouco qualificado e oriundo de países periféricos, que em busca de melhores condições de vida passaram a buscar novos horizontes em países mais ricos e prósperos. Ao longo do século passado muitos migrantes se deslocaram ora sozinhos, ora com suas famílias, tendo suas mulheres em grande parte dos casos e, até mesmo em razão de suas origens culturais, valores e religião e masculinidade hegemônica, relegadas a um papel invisível dentro do território de acolhida, resumindo sua atuação laboral ao trabalho do lar, o que acabou criando estereótipos ao longo dos anos subsequentes, isto é, de que o trabalho migrante é masculino e que as mulheres migrantes se deslocam, diferentemente dos homens, por razões não econômicas, ficando isoladas, sendo inativas e muitas vezes analfabetas, imputações estas que se tornaram uma falácia em fins do século XX e início do presente, pois o número de mulheres migrantes e economicamente ativas aumentou consideravelmente, conforme dados da Organização das Nações Unidas. Deste modo, a proteção das mulheres migrantes trabalhadoras, de um estágio de cegueira total passou-se para uma maior visibilidade, porém não suficiente para uma igualdade de gênero na divisão sexual do trabalho, reforçando ainda papeis tradicionais, razão pela qual justificasse o debate sobre o tema, tendo-se nesta pesquisa o objetivo de expor as principais problemáticas, conquistas e desafios provenientes da feminização do trabalho migrante. Para tanto, utilizou-se de metodologia calcada em método qualitativo e pesquisa exploratória descritiva, com base em doutrina, legislação, sites e dados oficiais.

**Palavras-chave:** Feminização, Trabalho Migrante, Direitos Humanos, Desigualdade de gênero.

**Abstract:** Migration is not a recent phenomenon in human history, being triggered by various reasons, such as war, famine and natural disasters. But it is from the twentieth century that the migrant figure happens to be linked to the work generally unskilled and come from peripheral countries, in search of better living conditions began to seek new horizons in the richest and most prosperous countries. Over the past century many migrants moved sometimes alone, sometimes with their families, and their wives in most cases and even because of their cultural backgrounds, values and religion and hegemonic masculinity, relegated to an invisible role within the welcoming territory, summarizing their work performance to work from home, which ended up creating stereotypes over the subsequent years, that is, that the migrant labor is male and female migrants moving, unlike men, for non-economic reasons, being isolated, being inactive and often illiterate, these imputations that have become a fallacy in the late twentieth century and beginning of this, as the number of migrants and economically active women has increased considerably, according to the United Nations data. Thus, the protection of women migrant workers, a total blindness stage is passed to a higher profile, but not enough for gender equality in the sexual division of labor, further reinforcing traditional roles, which is why it is justified the debate on the subject, having this research in order to highlight

the main issues, achievements and challenges from the feminization of migrant labor. Therefore, we used the methodology grounded in qualitative method and descriptive exploratory research, based on doctrine, legislation, websites and official data.

**Key-words:** Feminization, Migrantwork, Humanrights, Genderinequality.

## 1. Introdução

A migração é um fenômeno que remonta aos primórdios da história humana, provocada por diferentes fatores, como as guerras, perseguições, fome, desastres ambientais, dentre outros fatores que permearam a história, ocorrendo tanto dentro do território natal do indivíduo, bem como além fronteiras.

Mas foi a partir do século XX que a figura do migrante passou a estar cada vez mais atrelada ao trabalho, em geral, pouco qualificado e oriundo de países periféricos, ou seja, provenientes de países em desenvolvimento e/ou, subdesenvolvidos, em busca de melhores condições de vida e subsistência.

Apesar de muitos migrantes serem homens jovens e de se deslocarem na condição de solteiros e, com fins provisórios, com o decorrer do século XX passaram a migrar com suas famílias e com o escopo de permanecerem no país para onde decidiram ir, seja na condição de migrantes legais ou mesmo em situação irregular.

Mas um ponto substancial deste processo é a grande participação de mulheres na geografia dos fluxos migratórios hodiernos, que dantes tinham seus trabalhos reduzidos às lidas do lar, e sofriam com diversos tipos de estereótipos por sua condição de mulheres migrantes, como, não imigram por razões econômicas, as mulheres não se socializam com a sociedade local, são inativas financeiramente e, por vezes são analfabetas, tiveram tais imputações alteradas ao longo do século passado e início do século XXI em distintas partes do globo.

Tal mudança se deu, pois as mulheres, que atualmente já são quase 50% da população mundial migrante, segundo dados da Organização das Nações Unidas (ONU), passaram a migrar cada vez mais desacompanhadas de seus familiares e tornaram-se ativas como migrantes trabalhadoras, inclusive em trabalhos que exigem qualificação.

Não obstante tal realidade, no que diz respeito à ação das mulheres migrantes trabalhadoras, não apenas no que tange ao aspecto laboral, estas deixaram de compor um patamar de miopia e letargia para obterem uma maior atuação no campo social e econômico, assim como de maior visibilidade na esfera jurídica e do Poder Público, tendo-se como exemplos a elaboração da Convenção Internacional sobre a Proteção dos

Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (ICMWR), adotada pela Resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990, da Assembleia-Geral das Nações Unidas, a Convenção n.º 97 sobre Migração para Trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1949, a Convenção n.º 143 sobre Trabalhadores Migrantes da OIT de 1975, bem como outras normas de proteção aos direitos da pessoa humana.

As mulheres trabalham e sempre trabalharam ao longo da história da humanidade, mas seu tempo de trabalho é, além de outros fatores, determinado pelo gênero. O processo de feminização da migração reforça o “padrão doméstico de mulher” e de subalternidade cidadã.

Contudo, a proteção feminina quanto às migrações, sejam as mulheres trabalhadoras ou não, ainda está aquém do fruído pelos homens, existindo ainda uma visibilidade turva, em que mulheres que possuem trabalhos mais qualificados possuem maior proteção jurídica do que as que estão em postos menos qualificados.

Para a questão em foco, fomos motivados pelas seguintes questões: quais são as condições e os tipos de relações no mundo do trabalho da mulher migrante? Qual é a relação da condição de mulher migrante com o trabalho que desenvolve? As condições das mulheres migrantes são presididas por quais determinações?

O presente trabalho tem por escopo abordar, com base na literatura nacional e estrangeira, tratados e dados de organismos internacionais, a feminização das migrações internacionais, especialmente no que toca ao aspecto laboral, abarcando as problemáticas e conquistas que permeiam a desigualdade de gênero.

## **2. Fluxos Migratórios: tipos e conceito**

Migração, segundo os conceitos básicos da Organização Internacional para as Migrações (OIM), consiste no “[...] Movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos”<sup>1</sup>, ressaltando-se que a migração, pode-se dar como fluxo de entrada, bem como de saída de uma pessoa ou grupo de pessoas de um dado território, configurando o primeiro caso a imigração e o segundo a emigração.

---

<sup>1</sup> OIM. Organización Internacional para las Migraciones. *Derecho Internacional sobre Migración. Glosario sobre Migración, N° 7* [em linha]. Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones, 2006, p. 38. <[http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml\\_7\\_sp.pdf](http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf)> [18 maio 2016].

Deste modo, seja individualmente ou em grupo, a migração pode se dar dentro do território do indivíduo, configurando a migração interna, ou além das fronteiras estatais, tendo-se então a migração internacional.

Vale ressaltar que a migração pode ser classificada também como legal ou irregular (clandestina). Na migração legal, o migrante obedece a todos os trâmites legais de entrada e saída, enquanto que a migração irregular (erroneamente denominada de ilegal)<sup>2</sup> tanto a entrada e /ou permanência não estão de acordo com a legislação, configurando irregularidade que pode ser passível de deportação.

A migração também pode se dar de modo temporário (sazonal ou não) e, posteriormente se transformar em permanente, ou desde o início já se configurar como permanente, conforme as restrições políticas e legais do país onde se encontra o migrante, restrições estas que tem início justamente com os fluxos migratórios do século XX<sup>3</sup> e vêm ganhando cada vez mais força, esse segmento social de desarraigados, sem estabilidade social, cidadã e econômica, nos países mais procurados pelos migrantes.

### **3. A Feminização das Migrações**

Nas últimas décadas é cada vez maior o número de mulheres que migram de forma autônoma, independentes de seus pais, dos seus maridos e de seu mundo cultural. Seguindo as mais variadas estratégias e motivações, de acordo com os fluxos específicos de demanda do país acolhedor, a realidade socioeconômica receptora exerce influência na seleção da migração por gênero.

Conforme a Organização Internacional sobre as Migrações (OIM) a migração a trabalho se dá como:

Movimiento de personas del Estado de origen a otro con un fin laboral. La migración laboral está por lo general regulada en la legislación sobre migraciones de los Estados. Algunos países asumen un papel activo al regular la migración laboral externa y buscar oportunidades de trabajo para sus nacionales en el exterior.<sup>4</sup>

Os homens jovens sempre foram em maior número os que mais decidiram migrar ao longo do século XX, contudo, as mulheres sempre fizeram parte desta

---

<sup>2</sup> Não há proibição em se migrar de um lugar a outro, não havendo, pois ilegalidade no ato. O que pode existir é migrantes que adentram ao território de outro país, ou lá permanecem de modo que viole a legislação migratória local, configurando situação de irregularidade, que pode ser sanada ou não, cabendo à deportação neste último caso.

<sup>3</sup> Mello, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1044.

<sup>4</sup> OIM. *Derecho Internacional sobre Migración...*, p. 40.

realidade migratória, sejam acompanhando maridos e familiares, sejam sozinhas, em menor escala.

Porém, ainda durante a Guerra Fria, passou haver um maior fluxo de portugueses, espanhóis, iugoslavos para países da Europa Ocidental e de latino americanos para os Estados Unidos da América, percebendo-se um número cada vez mais crescente de mulheres neste contingente.

Além do continente europeu outras partes do planeta também passaram a contar com tal crescimento, como é o caso da Ásia e da América Latina, ao ponto que na década de noventa a quantidade de mulheres migrantes excediam o número de homens em aproximadamente um terço dos países, como é o caso de Chipre, Israel, Jordânia, Nepal e Cingapura.<sup>5</sup>

Este dado também é trazido pelo Monitoramento da População Mundial da Organização das Nações Unidas de 1997, ao expor que:

Em 1990, o número de mulheres que vivem fora do seu país de nascimento foi estimada em todo o mundo em 57 milhões, representando 40 por cento da quantidade de migrantes mundo. As médias regionais mostram que o número de mulheres migrantes excede o número de migrantes do sexo masculino na América do Norte, eles constituíam 51 por cento do total de migrantes internacionais. Por fim, migrantes femininos responderam por cento para 40 do total de migrantes na Ásia Ocidental. [...]<sup>6</sup>. (tradução livre)

A partir deste período, houve um aumento substancial no deslocamento de migrantes por razões de trabalho, crescendo também o número de mulheres que passaram a migrar desacompanhadas.

Vale aqui expor dados da ONU e da OIT neste sentido, no qual trazem que:

As mulheres representavam 48% dos 232 milhões de imigrantes internacionais no mundo em 2013, segundo o Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais da ONU. Além disso, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estima que existem

---

<sup>5</sup> ONU. Organização Das Nações Unidas. “International migration and gender issues”. In World Population Monitoring 1997. *International Migration and Development*. New York: United Nations, 1998, p. 129.

<sup>6</sup> Texto original: “In 1990, the number of women living out side their country of birth was estimated ate 57 million world-wide, representing 40 per cent of the world migrant stock. Regional averages show that female migrants out numbered male migrants in Northern America, were they constituted 51 per cent of the international migrant stock. At the low rend, female migrants accounted for 40 per cent the total migrant stock in Western Asia”. *Ibidem*.

mais de 150 milhões de trabalhadores migrantes no mundo, dos quais quase 67 milhões são mulheres.<sup>7</sup>

Além dos números retromencionados, há ainda a estimativa de que essa porcentagem cresça nos próximos anos, motivo pelo qual a sociedade internacional e os Estados nacionais, em especial os que mais recebem migrantes trabalhadores, não podem mais fechar os olhos a tal realidade.

#### **4. (In) visibilidade da Feminização do Trabalho Migrante**

Segundo Evelyne Sullerot, “A história do trabalho das mulheres é bem diferente da história do trabalho dos homens”<sup>8</sup>. O trabalho feminino está cingido por uma história social, econômica, cultural e ideológica, havendo em diferentes épocas e cultura a produção de formas de trabalho feminino. Nessa mesma senda Maruani traz que “A atividade feminina é, ao mesmo tempo, uma realidade econômica e uma representação social [em que] A divisão sexual do trabalho nos informa sobre o estado de uma sociedade [...], sobre o lugar do trabalho no sistema de valores”<sup>9</sup>. Desse modo, o trabalho da mulher e o trabalho do homem são realizados em diferentes relações sociais e significados culturais.

A feminização da migração é uma singularidade do movimento constante de sujeitos, de diferentes realidades, inseridos em fluxos migratórios humanos, em busca de salvaguardar suas vidas, dignidade e meios de prover o sustento próprio ou mesmo familiar, que passa por processos complementares de desestabilização de sua identidade de direitos, provocada por uma “convergência mundial no desenvolvimento de padrões de marginalidade”<sup>10</sup> na sociedade hodierna.

A migração feminina traz em seu bojo a mulher, a questão de gênero e a mobilidade do trabalho. Em todas as sociedades contemporâneas há uma progressão na paridade quantitativa no mundo do trabalho, mas profundas barreiras para uma igualdade plena. Em relação à mulher migrante, criou-se verdadeiros gineceus para elas no mundo migrante e do trabalho.

---

<sup>7</sup> CESM. Centro Scalabriano de Estudos Migratórios. *OIT: ‘Se nascemos em territórios diferentes, somos iguais em direitos* [em linha]. 11 de Março 2016. <<http://www.csem.org.br/index.php/noticia/4426-oit-se-nascemos-em-territorios-diferentes-somos-iguais-em-direitos-afirma-ministro-brasileiro>> [24 junho 2016].

<sup>8</sup> Sullerot, Evelyne. *A mulher no mundo do trabalho: história e sociologia*. Rio de Janeiro: Editora Expressão e Cultura, 1970, p. 11.

<sup>9</sup> Maruani, Margaret. “Vida profissional: a paridade sem igualdade”. In Ockrent, Christine; Treiner, Sandrine (orgs.). *O livro negro da condição das mulheres*. Rio de Janeiro: Difel, 2011, p. 719.

<sup>10</sup> Domingues, José Maurício. *Sociologia e modernidade - para entender a sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 80.

Segundo Connel e Pearse a *taxa de atividade econômica* das mulheres, não faz parte das medições da economia, que tem por referência as práticas dos homens,

Por trás do trabalho remunerado, há um outro tipo de trabalho - o doméstico e de cuidados, que não é pago. Em todas as sociedades contemporâneas, sobre as quais temos estatísticas, as mulheres realizam a maioria das tarefas domésticas de limpeza, cozinha, costura, cuidados com crianças e bebês. Esses tipos de trabalhos são frequentemente associados a uma definição cultural das mulheres como pessoas cuidadosas, gentis, diligentes, estando sempre prontas para se sacrificarem pelos outros.<sup>11</sup>

Em muitos países elas se concentram em postos de trabalhos confessionais ou administrativos, ao atendimento ao consumidor (*telemarketing*), à limpeza, à merenda, ao setor alimentício terceirizado e a outros tipos de trabalho relacionados ao cuidado, como educação básica ou enfermagem. Em alguma medida, as mulheres também estão bem presentes na indústria de *chips* e componentes eletrônicos. Porém, em nenhum lugar do mundo o salário feminino se equipara ao salário masculino.<sup>12</sup>

Em geral, as mulheres, quando ocupam cargos e funções, são mais mal remuneradas e, ainda assim, recebem 18% menos do que a média salarial masculina. Em alguns países, essa diferença é bem maior.

A acumulação na economia global é organizada principalmente por grandes corporações e mercados globais, as quais organizam sua estrutura salarial para favorecer aos homens. Muitas trabalhadoras das indústrias de exportação continuam concentradas em empregos temporários ou sazonais, enquanto os poucos trabalhos permanentes nesse setores são reservados aos homens. “As manufaturas globais hoje dependem do trabalho mal remunerado das mulheres em uma linha de montagem global geograficamente espalhada pelos hemisférios”<sup>13</sup>.

De acordo com Connel e Pearse *Degraus de gênero* estão presentes na “qualidade e na quantidade de trabalho”<sup>14</sup> (remunerado) do qual as mulheres participam. Porém as mulheres têm mais chances de estar em empregos informais, por exemplo, incluindo trabalho não remunerado para negócios familiares. Suas taxas de desemprego têm se elevado com as últimas crises financeiras, gerando um excedente de força de trabalho feminina.

---

<sup>11</sup> Connell, Raewyn; Pearse, Rebecca. *Gênero: uma perspectiva global*. São Paulo: Versos, 2015, p. 33.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 269.

Esse excedente pode ser chamado de “dividendo patriarcal”: a vantagem concedida aos homens como grupo pela manutenção de uma ordem de gênero desigual. É claro que a renda não é o único tipo de benefício. Alguns outros incluem autoridade, respeito, serviços oferecidos, segurança, moradia, acesso ao poder institucional, apoio emocional, prazer sexual e controle sobre o próprio corpo. O dividendo patriarcal é o benefício aos homens enquanto grupo. Alguns homens recebem mais do que outros, outros menos do que uns, ou nada, dependendo de sua posição na ordem social.<sup>15</sup>

As “formas hegemônicas de masculinidade” assumiram como principal pilar da política de gênero atual o dividendo patriarcal juntamente com o sistema de desigualdades, que favorece para que mulheres e meninas sejam exploradas, desonradas, tornando-se vulneráveis a abusos e ataques. Outro fato importante é que

Algumas mulheres participam do dividendo patriarcal, em geral se casando com homens ricos ou herdando fortunas dos pais. Tais mulheres se beneficiam do processo de acumulação generificada, por exemplo, vivendo da renda gerada em parte pelo trabalho pouco remunerado de outra mulher. Mulheres mais ricas podem se beneficiar diretamente de mulheres pobres que realizam trabalho doméstico e cuidam de crianças. Um comércio multilateral do trabalho doméstico se desenvolveu: mulheres peruanas vão para o Chile, mulheres filipinas vão para o leste e o sul da Ásia, enquanto outras viajam da Moldávia, na Europa Oriental, para realizarem trabalho doméstico na Turquia [...]. Esse comércio permitiu a muitas mulheres da classe média ingressarem em carreiras profissionais ou em negócios, sem exercerem pressão nos homens de classe média para aumentarem sua participação no trabalho doméstico.<sup>16</sup>

Do exposto, fica evidente que as “características significativas da ordem de gênero que não podem ser compreendidas localmente, que exigem análises em âmbito global”, como da *transnacionalização do gênero*.

É praticamente impossível que as relações econômicas entre mulheres e homens não sejam transnacionais, em uma era em que amplos percentuais das economias nacionais são de propriedade de estrangeiros, em que grandes áreas da indústria são dependentes do comércio exterior e em que as mais importantes decisões sobre investimentos são tomadas por corporações transnacionais. Relações de poder são afetadas quando se busca competitividade global por intermédio da reestruturação do Estado e da privatização.

No caso específico da migração feminina, esta foi durante muito tempo, ainda o é em algumas localidades, acompanhada de estereótipos que delimitam suas

---

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 274.

capacidades e atuação ao “padrão doméstico de mulher”<sup>17</sup>, em especial no que tange ao campo laboral, sendo relegadas ao falso pensamento de que só podem exercer tão somente a função de donas de casa, o que de fato era a realidade de algumas mulheres no passado e ainda o é de algumas mulheres migrantes que ainda vivem diante de uma invisibilidade social, econômica e jurídica.

A visão deturpada das mulheres migrantes distantes do trabalho fora de seus lares, fosse formal ou clandestino, esteve por décadas ligadas a determinadas migrações provenientes de países do Oriente Médio e África, regiões onde a mulher até hoje ainda tem seus direitos limitados a tarefas a serem exercidas no campo de sua residência e para sua família exclusivamente, realidade esta que mudou para algumas mulheres e permaneceu para outras, de acordo com suas origens e destino.

#### **4.1. Problemáticas da Migração Feminina e a Atuação das Mulheres**

Era comum até o início dos anos de setenta que as mulheres que migravam, o faziam para acompanhar seus maridos e familiares, ou seja, “[...] a migração internacional é vista principalmente como o movimento de jovens trabalhadores masculinos e as mulheres são vistas como acompanhantes eventuais dos homens no processo de migração”<sup>18</sup> (tradução livre). Por tal razão, nesta seara as “[...] as leis de imigração e as políticas tendem a assumir que as mulheres migrantes são migrantes secundárias [...] e que reflete a visão generalizada tradicional sobre a situação e o papel da mulher na família e na sociedade”.<sup>19</sup> (tradução livre)

Diante desta realidade, as mulheres tinham inicialmente o trabalho limitado as suas casas, exercendo-o sem finalidade econômica, o que traz novamente a ideia de que eram isoladas da sociedade e inativas financeiramente. Aos poucos foram tendo como perspectiva o exercício de atividades ligadas à economia doméstica.

O certo é que a partir da década de 1970, período em que os Estados já não veem com bons olhos os imigrantes e começam a criar políticas de restrições migratórias, há uma mudança na atuação feminina não apenas no campo laboral, mas também econômico, político e social. Neste sentido, Mirjana Morokvasic traz que,

---

<sup>17</sup> Saffioti, Heleieth, I.B. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. 3ª. Ed. São Paulo: Expressão popular, 2013, p. 338.

<sup>18</sup> Texto original: “[...] international migration is viewed primarily as the movement of young male workers and the women are seen as the eventual followers of men in the migration process [...] immigration laws and policies tend to assume that female migrants are secondary migrants [...] which reflects the widespread traditional views on the status and role of women within the Family and in society”. ONU. “International migration and gender ...”, p. 129.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 134.

[...] A problemática da migração das mulheres atrai a atenção dos pesquisadores, do poder público e dos meios de comunicação, foi menos o resultado de uma reviravolta do lugar que ocupavam as mulheres no conjunto da população imigrante que de uma mudança difícil ao efeito combinado de fatores plurais. Em primeiro lugar, o desenvolvimento de estudos sobre o papel da mulher na sociedade [...]. Em segundo lugar, a descoberta e /ou reconhecimento Económica duro das mulheres imigrantes. [...]. Em segundo lugar, a descoberta e/ou reconhecimento econômico das mulheres imigrantes.<sup>20</sup> (tradução livre)

A mesma autora ainda acrescenta que:

[...] as mulheres emigram em busca de emprego, cada vez mais autônomas, muitas vezes pioneiras na cadeia de migração ou como chefes de famílias e não apenas como “próximas” ou “acompanhantes” de membros da família do sexo masculino [e] pouco a pouco, adquirem o direito de citação em pesquisas e políticas públicas.<sup>21</sup> (tradução livre)

A partir de então, percebe-se não somente o aumento da migração feminina, mas também pouco a pouco uma maior visibilidade das problemáticas e necessidades das mulheres migrantes que migram por razões laborais e buscam trabalhos mais qualificados, menos vulneráveis e precarizados, bem como maiores direitos e proteção jurídica.

Neste sentido, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) traz que:

Em muitos países, as mulheres migrantes são essenciais à economia no domínio da saúde e da assistência, na medida em que realizam tarefas domésticas e cuidam dos filhos dependentes, dos doentes e deficientes e do número crescente de pessoas idosas – libertando assim as mulheres do país respectivo e permitindo-lhes aceder a um melhor estatuto e a empregos mais bem remunerados.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Texto original: “La problematique de la migrations de femmes atrai l’attention des chercheurs, de pouvoir publics e des médias, c’était moins le résultat d’un bouleversement de la place que’ occupaient les femmes dans l’ensemble de la population immigrée que d’un déplacement dur egard sou l’effet conjugué de plusieurs facteurs. Premièrement, l’essor des études sur la place des femmes dans la société [...]. Deuxièmement, la découverte et/ou la reconnaissance économique des femmes immigrées”. Morokvasic, Mirjana. “Femmes et genre dans l’étude des migrations: un regard rétrospectif”. In Falquet, Jules *et al.* (coords.). *Femmes, genre, migrations e mondialisation: un état des problématiques*. Paris: CEDREF/Université Paris Diderot, 2008, pp. 42-43.

<sup>21</sup> Texto original: “[...] les femmes émigrent à la recherche d’emploi, de plus en plus autonomes, souvent pionnières des chaînes migratoires ou comme cheffes de familles et pas seulement comme “suivantes” ou “rejoignantes” de membres masculins de leur famille [et] peu a peu, acquierent le droit de cite dans la recherche et les politiques publiques”. *Ibidem*, pp. 49 - 50.

<sup>22</sup> OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Trabalhadoras e trabalhadores migrantes: alcançar a igualdade de direitos e oportunidades* [em linha], p. 2. <[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/gender\\_december.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/gender_december.pdf)> [22 junho 2016].

No caso europeu, a migração das mulheres acompanha a onda de feminização dos assalariados e a continuidade das trajetórias profissionais das mulheres deste continente. Um fato marcante da história recente da Europa é a “feminização do conjunto de assalariados europeus”<sup>23</sup>, na segunda metade do século XX. Elas chegam cerca da metade do mundo do trabalho. Nos anos 1960, a participação das mulheres representava 30% da população ativa e já no início dos anos 2000, elas eram 44%.

Na França, no intervalo de quatro décadas, as mulheres se tornaram quase a metade da população ativa (46%), mas constituíam um terço em 1962 (34%). No início dos anos 1960, 12,6 milhões de homens e 6,7 de mulheres eram ativos. Uma diferença do dobro os separava. Em 2002, a diferença continua a existir, mas reduziu-se consideravelmente: 14,2 milhões de homens e 12 milhões de mulheres estão no mercado de trabalho. Entre 1962 e 2002, o número de homens ativos aumentou em um milhão e meio, e o das mulheres, em mais de 5 milhões e meio. [...]. Na quase totalidade dos países europeus, as mulheres são doravante, e pela primeira vez na história dos assalariados, em proporção, mais assalariadas que os homens: em média, 81% dos homens e 89% das mulheres que trabalham são assalariados.<sup>24</sup>

Dados revelam que no início dos anos 1960, a taxa de atividade das mulheres entre 25 e 49 anos era de 40%; hoje em dia, ela se estabelece em torno de 80%. Isso significa uma mudança radical da relação com o emprego e, bem como das mulheres com o *agenciamento de projetos familiares e profissionais*.

Em muitos casos, o processo de integração das mulheres migrantes, se inicia por meio dos “serviços de cuidado”, depois de um determinado tempo, ao ampliar sua rede de integração social, o seu trabalho doméstico, geralmente, é substituído por outro na área de serviço.

Mas esse tempo de *serviços de cuidado*, especialmente o relacionado com a questão reprodutiva, leva a uma espécie de internacionalização do trabalho reprodutivo, fazendo com que as mulheres dos países receptores busquem “os trabalhos oferecidos por mulheres estrangeiras para que suas próprias condições de vida sejam mais favoráveis, considerando a grande dificuldade em conciliar o trabalho produtivo do trabalho reprodutivo”.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Maruani, Margaret. “Vida profissional...”, p. 719.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 720-721.

<sup>25</sup> Raizel, Denise Rogenski. *A imigração feminina e os efeitos na divisão sexual do trabalho* [em linha]. Fazendo Gênero 8 - Corpo, Violência e Poder. Florianópolis, 2008, p. 3. <[http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST65/Denise\\_Rogenski\\_Raizel\\_65.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST65/Denise_Rogenski_Raizel_65.pdf)> [28 agosto 2016].

Se atividade de países receptores de migrantes “fosse avaliada pelas horas ocupadas, e não pelos índices de produção”<sup>26</sup>, perceberíamos que as ocupações destes sujeitos são grandes geradoras de riquezas. Uma volumosa economia invisível realizada por migrantes, que contribuem tanto para a estabilidade ou recuperação das economias nacionais da maioria dos países desenvolvidos.

Um exemplo é a Espanha, que está entre os países da União Europeia onde as mulheres passam mais tempo em tarefas domésticas, quase cinco horas por dia. Os principais cuidados provêm do trabalho não remunerado dos lares das mulheres. De acordo com Orozco e Gil, com base em dados de 2009, seria necessário para o atendimento direto de crianças e adultos, criar 11,26 milhões de empregos por dia, “figura exorbitante em comparação com 14,45 milhões de postos de trabalho de tempo integral que existem hoje”<sup>27</sup>. Assim, para cobrir o trabalho não remunerado das mulheres na limpeza exigiria quase o dobro do número de mulheres empregadas a tempo inteiro.

Ainda de acordo com os mesmos autores, se compararmos a população estrangeira com a espanhola, tem-se que a população estrangeira investe no lar e na família o mesmo tempo que a população espanhola, mas gasta mais tempo em trabalho remunerado, o que implica a necessidade de reduzir a dedicação a outras atividades, como as de lazer e cuidados pessoais. Pode-se concluir, nesse contexto que a população estrangeira tem menos liberdade para escolher o que fazer com o seu tempo, bem como a acessibilidade a formas de participação na sociedade.<sup>28</sup>

A luta iniciada há mais de quarenta anos ainda perdura até os dias de hoje, pois apesar de algumas conquistas, não há como negar que há discriminações, na seara prática, no que tange as mulheres migrantes trabalhadoras, que ainda tem suas funções limitadas ao setor de serviços, associados tradicionalmente ao gênero, como domésticas, babás, cuidadoras, faxineiras, atividades estas que relegam tais mulheres a uma invisibilidade social e jurídica nos países de destino onde se encontram.

Em contrapartida, “As mulheres com qualificações e as altamente qualificadas emigram para ter acesso a trabalho mais bem pago, privando assim os países de origem das suas competências e do seu trabalho”<sup>29</sup>, tendo, porém, maior acesso a direitos e

---

<sup>26</sup> Sullerot, Evelyne. *A mulher no mundo do trabalho...*, p. 338.

<sup>27</sup> Orozco, Amaia P.; Gil, Silvia L. *Desigualdades a flor de piel: cadenas globales de cuidados*. Madrid: ONU Mujeres, 2011, p. 47

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>29</sup> OIT. *Trabalhadoras e trabalhadores migrantes...*, p. 6.

proteção do Estado onde se encontram como migrantes, como é o caso de médicas, executivas e pesquisadoras.

#### **4.2. Tratamento Jurídico de proteção às mulheres migrantes trabalhadoras**

A feminização das migrações, como já exposto, não é recente. Porém, ao longo do século XX se avolumou passando a contar com a proteção, de modo geral, de documentos internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) e a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres de 1979 (CEDAW).

Já no caso das migrantes trabalhadoras, essas foram incluídas no rol das Convenções nº 97 e 143, ambas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), respectivamente de 1949 e 1975, valendo frisar que no ano 1972 a Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), por meio da Resolução nº 2920, condenou a discriminação contra trabalhadores estrangeiros e requereu que os países melhorassem a recepção de trabalhadores migrantes e acabassem com a prática discriminatória.

Desse modo, em anos subsequentes, outros instrumentos foram criados abordando a proteção das mulheres migrantes trabalhadoras, a exemplo do Quadro Multilateral da OIT para Migração Laboral de 2006.

### **5. Considerações Finais**

O migrante acompanha os ciclos de desenvolvimento e produtivos dos países receptores. Locomove-se para vender sua força de trabalho, consciente ou não, sequenciando a lógica da produção e reprodução do capital, em suas diferentes configurações internas e em escala mundial, para os quais, geralmente, se prevê os mínimos sociais, culturais, econômicos e inclusive ao direito à cidadania. Castigados duplamente pela falta de garantias trabalhistas e, em muitos casos, pelas condições precárias de trabalho. Veem-se obrigados a seguir o caminho da precarização do trabalho que lhe proporcione a subsistência,

A migração feminina é mobilizada por várias razões dialéticas, como a vontade de livrar-se da subjugação da miséria, dos grilhões da pobreza, da fome, do machismo, do patriarcalismo; da sede de cultural e de ser reconhecida como pessoa. Esse processo é composto por um grande contingente de trabalhadoras em busca da sobrevivência, de criar as suas próprias possibilidades e da liberdade, agarrando-se a escada da economia

migrante, vivem sujeitas à baixa remuneração, à instabilidade, a vários tipos de violências e à margem do Sistema de Proteção Social.

A mulher migrante sofre duplamente, com as diferenças anastróficas de direitos sociais, culturais, econômicos, de cidadania e com os estigmas do padrão ideológico de aceitação política de gênero, social, histórica, de sexo, de regionalidade e de etnia. Tais construções de diferenças anastróficas de identidades individuais e das relações entre mulheres e homens são avessas a cultura de Direitos Humanos.

O respeito aos Direitos Humanos da mulher migrante requer políticas de empoderamento das mulheres e políticas públicas de gênero. A primeira relacionada com a cidadania das mulheres, com os marcadores sociais de classe, etnia, regionalidade, geracional, participação, tomada de decisões nos assuntos da sociedade, superação da situação de inferioridade, de desigualdades, vulnerabilidade à violência, a baixa escolaridade, ostracismo da vida pública, dos precários programas de saúde e das diferenças econômicas.

A segunda para a promoção da igualdade de gêneros, transformação dos modelos preconcebidos, construção de novos paradigmas, de ressignificação das relações sociais entre mulheres e homens, de respeito à questão de orientação sexual, erosão sistemática da cultura machista, patriarcal, sexista e da subordinação. De combate ao “feminicídio”, crime hediondo, que se configura como assassinato pela condição de ser mulher, resultado da construção sócio histórica de relações de poder entre mulheres e homens.

### **Referências Bibliográficas**

- CESM. Centro Scalabrino de Estudos Migratórios. *OIT: 'Se nascemos em territórios diferentes, somos iguais em direitos* [em linha]. 11 de Março 2016. <<http://www.csem.org.br/index.php/noticia/4426-oit-se-nascemos-em-territorios-diferentes-somos-iguais-em-direitos-afirma-ministro-brasileiro>> [24 junho 2016].
- Connell, Raewyn; Pearse, Rebecca. *Gênero: uma perspectiva global*. São Paulo: Versos, 2015.
- Domingues, José Maurício. *Sociologia e modernidade - para entender a sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

- Maruani, Margaret. “Vida profissional: a paridade sem igualdade”. In Ockrent, Christine; Treiner, Sandrine (orgs.). *O livro negro da condição das mulheres*. Rio de Janeiro: Difel, 2011.
- Mello, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- Morokvasic, Mirjana. “Femmes et genre dans l’étude des migrations: un regard rétrospectif”. In Falquet, Jules *et al.* (coords.). *Femmes, genre, migrations e mondialisation: un état des problématiques*. Paris: CEDREF/Université Paris Diderot, 2008.
- OIM. Organización Internacional para las Migraciones. *Derecho Internacional sobre Migración. Glosário sobre Migración, N° 7* [em linha]. Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones, 2006, p. 38. <[http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml\\_7\\_sp.pdf](http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf)> [18 maio 2016].
- OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção n° 97 da OIT sobre Trabalhadores Migrantes* [em linha]. <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>> [12 abril 2016].
- *Trabalhadoras e trabalhadores migrantes: alcançar a igualdade de direitos e oportunidades* [em linha], p. 2. <[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/gender\\_december.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/gender_december.pdf)> [22 junho 2016].
- ONU. Organização das Nações Unidas. “International migration and gender issues”. In World Population Monitoring 1997. *International Migration and Development*. New York: United Nations, 1998.
- Orozco, Amaia P.; Gil, Silvia L. *Desigualdades a flor de piel: cadenas globales de cuidados*. Madrid: ONU Mujeres, 2011.
- Raizel, Denise Rogenski. *A imigração feminina e os efeitos na divisão sexual do trabalho* [em linha]. Fazendo Gênero 8 - Corpo, Violência e Poder. Florianópolis, 2008. <[http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST65/Denise Rogenski Raizel 65.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST65/Denise_Rogenski_Raizel_65.pdf)> [28 agosto 2016].
- Saffioti, Heleieth, I.B. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. 3ª. Ed. São Paulo: Expressão popular, 2013.
- Sullerot, Evelyne. *A mulher no mundo do trabalho: história e sociologia*. Rio de Janeiro: Editora Expressão e Cultura, 1970.



*IV.3. LIBERTAD PERSONAL Y LÍMITES  
DE LA AUTODETERMINACIÓN  
INDIVIDUAL*



# DIMENSÕES DO “TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVO”: REFLEXÃO DOS ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS NO BRASIL

## DIMENSIONS OF "WORK IN SLAVE CONDITIONS": REFLECTION OF SOCIAL AND LEGAL ASPECTS IN BRAZIL

Geysa Adriana Soares Azevedo<sup>1</sup>  
*Universidade Autónoma de Lisboa*

**Resumo:** Após 128 anos da abolição da escravatura ainda se fala de algo que foi formalmente tipificado como crime pelo art. 149 do Código Penal Brasileiro e concomitantemente ocupa o campo da abstração em aspectos de caracterização jurídica, isto se dá por uma alteração considerável no campo do sentido quando recebeu a denominação “trabalho análogo ao de escravo” (trabalho degradante); paralelamente a isso foi regulamentado por Normas Internacionais que numa relação de trabalho é inadmissível o uso de violência ou intimidação usando de práticas como a servidão por dívidas, retenção de documentos de identidade, ameaças de denúncia às autoridades de imigração, entre outros (trabalho forçado). Portanto, a violação dos direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, integridade física e psíquica e demais garantias bastante validadas em todo ordenamento jurídico se tornam aparentes nessa demarcação jurídica brasileira e também social. É o desprestígio do tipo de trabalho que gera/incita/induz à escravidão; inúmeras são as causas que impulsionam o homem a sobrepujar sua força laboral, sendo elas a desigualdade, impunidade, miséria, exclusão social – recebendo tratamento de escravos e registrados pela miserabilidade humana, sem aceção de raça. Ademais, isso se perfaz por ameaças, coerção mental e psicológica, agressões, homicídios, apresentados de forma idêntica ao período imperialista. Contudo, “o Brasil combate a escravidão e não as causas da escravidão”, especialistas afirmam. O presente artigo propõe uma reflexão sobre o aparecimento da anomalia de Escravização Voluntária, frente à sua significativa ocorrência em âmbito social, importando-nos ressaltar na presente pesquisa a discussão sobre a revogação da Lei Áurea que proibia o ser humano de aprisionar e tratar outra pessoa como propriedade, tornando-a escrava. Nesse cotejo, faz-se abordagem no disposto pelo art. 3º, I, da Constituição da República Brasileira que apresenta os princípios fundamentais, cuja perspectiva retrata pessoas que vivem numa “sociedade livre, justa e solidária”.

**Palavras-chave:** Condições análogas às de escravo, Escravização Voluntária, Sociedade livre, Justa, Solidária.

**Abstract:** After 128 years of the abolition of slavery there is still talk of something that was formally criminalized by art. 149 of the Brazilian Penal Code and concomitantly occupies the field of abstraction in aspects of legal characterization, this is due to a considerable change in the field of meaning when it received the denomination "work analogous to slavery" (degrading work); Parallel to this was regulated by International Norms that in a working relationship it is inadmissible to use violence or intimidation using practices such as bondage, retention of identity documents, threats of denunciation

---

<sup>1</sup> Mestranda em Ciências Jurídicas na Universidade Autónoma de Lisboa. Especialista em Advocacia Trabalhista pela Rede de Ensino LFG. Advogada (atuando no Estado do Maranhão – OAB-MA 15.404) e Professora Universitária das disciplinas de Produção de Textos Jurídicos e Português Jurídico (além de outras pertinentes à área de Letras e Direito no que tangem ao desenvolvimento de textos acadêmicos, oficiais e administrativos). Atualmente exerço a função de Revisora de Textos da Reitoria da Universidade Estadual do Maranhão. E-mail: gey\_azevedo@hotmail.com

to immigration authorities, among others (forced labor) . Therefore, the violation of fundamental rights, dignity of the human person, physical and mental integrity and other guarantees validated in every legal order become apparent in this Brazilian and social juridical demarcation. It is the discredit of the kind of work that engenders / incites / induces slavery; There are innumerable causes that impel man to surpass his labor force, being inequality, impunity, misery, social exclusion - receiving treatment of slaves and registered by human miserability, without meaning of race. In addition, this is made by threats, mental and psychological coercion, assaults, homicides, presented in a similar way to the imperialist period. However, "Brazil fights slavery and not the causes of slavery," experts say. The present article proposes a reflection on the appearance of the anomaly of Voluntary Enslavement, in view of its significant occurrence in the social sphere, being important to emphasize in the present research the discussion about the repeal of the Golden Law that prohibited the human being from imprisoning and treating another person As property, making her a slave. In this comparison, an approach is made in the provisions of art. 3, I, of the Constitution of the Brazilian Republic which presents the fundamental principles, whose perspective portrays people living in a "free, fair and solidary society."

**Keywords:** Conditions similar to slave conditions, Voluntary enslavement, Free society, Fair, Solidary.

## 1. Introdução

As garantias mínimas de proteção ao trabalhador estão previstas na Constituição da República Brasileira, de 1988; reafirmadas pela Consolidação de Leis Trabalhistas, desde 1943 e; reafirmadas pelo Código Penal Brasileiro desde 1940 que institui como crime a prática de submeter outrem a situações análogas às de escravo e, extensivamente ratifica a abolição da escravatura e rompe com qualquer forma de retrocesso social que venha a diminuir ou transgredir os direitos humanos fundamentais relativos a todo cidadão.

Em contrapartida, aparece uma anomalia social com sérias repercussões jurídicas - a Escravização Voluntária, sobretudo quando o risco é o perecimento por fome de alguém em plena possibilidade de executar um trabalho; portanto, há causas que alicerçam essa deformação da relação de trabalho pelas quais o ser humano tenta sobrevivência e inserção no mercado, ainda que as condições de empregabilidade confrontem e explorem sobremaneira a sua capacidade laboral.

Quando se trata de reivindicação pela vida, cada um luta com as forças que possui ainda que a única arma seja coisificar-se em prol do outro pelo favorecimento do alimento garantidor de mais um sustento diário.

Nessa toada, tem-se a vulnerabilidade do indivíduo relacionada aos lastros de inferioridade econômica demonstrada pela desigualdade de oportunidades e a falta de aplicabilidade das normas jurídicas que resguardem os seus direitos.

## 2. Trabalho em condições análogas às de escravo

A possibilidade de pôr fim à prestação de serviço deve ocorrer assim que o empregado (ou o empregador) considerar conveniente, caso contrário, estará diante de uma situação forçosa de exploração do sujeito e cerceamento do direito de locomoção (em relação ao trabalhador, principalmente) posto que, não havendo essa liberdade na relação laboral haverá imperatividade de normas não alinhadas com o sistema de justiça, desse modo se apresentarão condições degradantes, jornadas exaustivas, trabalho forçado, entre outras espécies problemáticas de submissão ao trabalho remunerado.

Para esse enquadramento de coação mediante prestação de serviços, tem-se: a coação moral - quando o tomador dos serviços, valendo-se da pouca instrução e do elevado senso de honra pessoal dos trabalhadores, os submete a elevadas dívidas, constituídas fraudulentamente com a finalidade de impossibilitar o seu desligamento. É o chamado regime da “*servidão por dívidas*” (*truck system*), vedado em nosso ordenamento jurídico (artigo 462, 3º e 4º, da CLT); a coação psicológica - quando os trabalhadores são ameaçados de sofrer violência a fim de que permaneçam executando o trabalho. Estas ameaças se dirigem, normalmente, à integridade física dos obreiros, sendo comum, em algumas localidades, a utilização de vigilância armada no exercício desta coação, a apreensão de documentos e de objetos pessoais dos trabalhadores e; coação física - quando os trabalhadores são submetidos a castigos físicos ou mesmo assassinatos, como forma de exemplificação àqueles que pretendam enfrentar o tomador dos serviços, entendido como “rebelar-se contra as regras imputadas”.

Numa concepção clássica tem-se que

Considerar-se-á trabalho escravo ou forçado toda modalidade de exploração do trabalhador em que este esteja impedido, moral, psicológica e/ou fisicamente, de abandonar o serviço, no momento e pelas razões que entender apropriadas, a despeito de haver, inicialmente, ajustado livremente a prestação dos serviços.<sup>2</sup>

Esse delineamento de caracterização do trabalho escravo ou forçado faz-nos perceber que independentemente de nos depararmos com essa anomalia social, ainda assim seríamos apresentados a diversos trabalhadores que estariam vivenciando condições deploráveis de trabalho por um viés de massacre emocional, moral e psicológico. Portanto, sempre que fosse assegurada ao trabalhador a sua liberdade de

---

<sup>2</sup> Camargo De Melo, Luís Antônio. “Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo”. *Revista do MPT*, 2010, 26, p. 14.

locomoção e de autodeterminação, podendo deixar, a qualquer tempo, de prestar serviços ao tomador, mas infringindo o aspecto humanístico da relação empregatícia configuraria uma das formas degradantes de trabalho (“*trabalho degradante*”). Cujas concepção se registra em “Trabalho em condições degradantes, portanto, é aquele em que a degradação das condições de saúde e higiene violam, à primeira vista, o axioma da dignidade da pessoa humana”<sup>3</sup>.

Hodiernamente, o termo “escravidão” passou a significar uma variedade maior de violações dos direitos humanos, não se especificando a um atentado contra a liberdade pessoal do trabalhador.

“(…) pode-se dizer que trabalho em condições degradantes é aquele em que há a falta de garantias mínimas de saúde e segurança, além da ausência de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação. Tudo devendo ser garantido – o que deve ser esclarecido, embora pareça claro – em conjunto; ou seja, e em contrário, a falta de um desses elementos impõe o reconhecimento do trabalho em condições degradantes”<sup>4</sup>.

O constituinte, ao erigir a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da CF/88), buscou, na verdade, enfatizar que os pilares do Estado Democrático de Direito se apoiam nesta noção.

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, Código Penal, redação dada pela Lei nº10.803, de 11.12.2003.

Oportunizar trabalho em condições dignas e saudáveis é forma de proporcionar ao homem os direitos que decorrem desse atributo que lhe é próprio: a dignidade. Portanto, ao nos referirmos às “condições análogas às de escravos” trata-se primeiramente de uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e, mais incisivamente, como já foi tipificado como crime, pois o Código Penal Brasileiro preceitua no seu art. 149, caput supracitado, cuja redação se registra na Lei n.º 10.803, de 11 de dezembro de 2003 que:

**1º** Nas mesmas penas incorre quem: **I** - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; **II** - mantém

<sup>3</sup> Wilson Roberto Prudente, Procurador do Trabalho, em Oficina de Trabalho promovida pela OIT, nos dias 15 e 16 de março de 2004.

<sup>4</sup> De Brito Filho, José Cláudio. *Trabalho decente análise jurídica da exploração do trabalho, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004.

vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: **I** - contra criança ou adolescente; **II** - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Na contemporaneidade a cruel e desumana forma de trabalho recebeu uma roupagem diferente daquela apresentada nos tempos passados, pois

- a) O cerceamento da liberdade;
- b) Degradação das condições de trabalho;
- c) Servidão por dívida;
- d) Isolamento geográfico;
- e) Emprego de violência;
- f) Discrepância das relações sociais;
- g) Violações dos direitos fundamentais;
- h) Violação dos direitos fundamentais.

São as formas que diversos empregadores utilizam para manter trabalhadores sob o seu domínio. A dignidade que se analisa como perspectiva de proteção é a do trabalhador, uma vez que esta tem sido vastamente banalizada, reflexo da vivência em uma sociedade de valores invertidos em que se aflora imediatismo, consumismo, busca por ostentação de riquezas e honras. Mas nessa disputa há sempre os que ficam em completa desvantagem – aqueles que se submetem forçada ou voluntariamente a condições incongruentes numa relação de trabalho com a finalidade de arrecadar provisão para a sua família ou mesmo realização de ser útil socialmente.

Nessa perspectiva de conceber o que é escravidão, mostrou-se incompleta a sua concepção, uma vez que deveria atentar não somente para a supressão da liberdade individual do trabalhador, mas, sobretudo, para a garantia de sua dignidade. Por isso, posteriormente, passou-se a visualizar o trabalho em condições análogas às de escravo (“*trabalho escravo*”) como gênero, tendo como espécies o “*trabalho forçado*” e o “*trabalho degradante*”.

Portanto, o “trabalho forçado” quando constatado o cerceamento da liberdade individual do trabalhador (locomoção e autodeterminação), por meio de mecanismos de coação moral, psicológica e/ou física e o “*trabalho degradante*” não haveria o cerceamento da liberdade individual do trabalhador, mas não lhe seriam asseguradas as condições mínimas de trabalho compatíveis com a dignidade da pessoa humana.

Em ambos, o que ocorre é a negação ao trabalhador os direitos básicos que o distinguem dos demais seres vivos. Desta forma, é a dignidade da pessoa humana que é

violada, quando da redução do obreiro à condição análoga à de escravo. De nada adiantaria a tentativa de descaracterizar o trabalho em condições degradantes como espécie de trabalho em condições análogas às de escravo (trabalho escravo).

A objetividade jurídica desse crime é a tutela da liberdade individual, a conduta típica é expressa no verbo reduzir, que denota os verbos: tornar, transformar, restringir, limitar, diminuir. Tem-se como sujeito ativo qualquer pessoa, mas apenas o trabalhador é sujeito passivo. Trata-se de crime na modalidade dolosa (elemento subjetivo), admite-se a tentativa, é crime permanente e a sua consumação ocorre quando o sujeito ativo reduz a vítima à condição análoga à de escravo por meio de uma ou mais das condutas especificadas.

### 3. Reflexão dos aspectos sociais

Em âmbito histórico, vale ressaltar que a abolição da escravatura, aconteceu em 13 de maio de 1888, momento em que a Princesa Isabel sancionou a lei que romperia com mais de trezentos anos de escravidão. De acordo com os dados estatísticos da época, publicado no Jornal do Senado do Império, o senador Sousa Dantas afirmou que se contabilizava mais de seiscentos mil escravos. A Lei Áurea, de nº 3.353 possui apenas dois artigos: “Art. 1º É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil. Art. 2º Revogam-se as disposições em contrário”. No entanto, insta destacar alguns pontuais progressos desse período anterior a promulgação da Lei Áurea sobre a eficácia de algumas leis correlatas:

Em 1845	Previsão de sanções contra o tráfico de escravos.
Em 1850	Lei Euzébio de Queirós – abolição do tráfico de escravos
Em 1871	Foi adotada a Lei do Ventre Livre (garantia a liberdade aos filhos de escravo nascidos a partir de sua edição – mantida a tutela dos seus senhores até os 21 anos.
Em 1885	Liberdade aos escravos a partir dos 60 anos (ônus de prestação de serviço, como indenização, por três anos)

Funcionava timidamente como Medida Protetiva, e assim nenhuma dessas disposições trouxeram os resultados esperados, pois era inviável o cumprimento destas

normas e desrespeitada a tão aclamada lei, assim transcreveu o jornalista do Jornal do Senado – Órgão do Senado do Império.

Na perspectiva histórica da Consolidação de Leis Trabalhistas, já em 1943, se percebe intimamente a evolução das formas de exploração do trabalho humano, iniciando-se ainda com a escravidão, passando pela servidão e corporações de ofício, até atingir a relação jurídica de prestação de trabalho pessoal e subordinado que demarcam pioneiramente a partir da Revolução Industrial devido a forte influência dos ingleses com o intuito de conquistar mais espaço em âmbito comercial a fim de tornar o escravo um sujeito de consumo.

Nas regiões da Grécia, de Roma e do Egito era a principal forma de exploração do trabalho humano, dedicando-se estes escravos à realização daquelas tarefas mais árduas e a utilização de sua força de trabalho era considerada justa e necessária, já que, segundo Aristóteles, “pensar requer ócio”. O escravo era considerado mero objeto de direito (*res*), como se demonstra a seguir

Art. 2º A hypoteca é regulada somente pela Lei civil, ainda que algum ou todos os credores sejam comerciantes. Ficam derogadas as disposições do Código Comercial, relativas à hypoteca de bens de raiz. 1º Só podem ser objeto de hypoteca: [...] Os escravos e animais pertencentes as propriedades agrícolas, que forem especificadas no contrato, sendo com as mesmas propriedades.

Em dado período histórico era possível tratar um indivíduo como sendo de sua propriedade – os escravos eram coagidos e sobrepujados em sua força de trabalho em completa disposição ao seu senhor inclusive em relação a sua própria sexualidade e capacidade de reprodução. Houve um tempo em que se pensava que o trabalho era atividade secundária e apenas a atividade do pensar deveria ter o privilégio, prestígio e nobreza pertinente a um ofício profissional.

Há uma herança deixada pelo Direito Romano, que perpassou o Código Napoleônico registrados nas seguintes regulamentações:

- a) o direito de propriedade;
- b) o contrato;
- c) a liberdade de empreendimento e a autonomia da vontade passaram a constituir os fundamentos do Direito Civil clássico, no plano jurídico, e do capitalismo liberal, no campo das doutrinas econômicas.

A escravidão contemporânea é distinta daquela forma de exploração do trabalho humano que perdurou no Brasil até o período imperial, mas ambas violam os

princípios fundamentais da Carta Magna, como os da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho.

Os escravos costumam ocupar um barracão incrustado em localidades inóspitas e de difícil acesso, ponto final de uma viagem que se inicia com o aliciamento de trabalhadores, por meio dos conhecidos “gatos” ou diretamente pelos tomadores de serviços, em diversas regiões dos Estados Brasileiros.

A precariedade dos alojamentos, as péssimas condições de trabalho e de higiene e a configuração da chamada “servidão por dívidas” (regime do *truck system*), esta última como relevante fator inibidor da liberdade do trabalhador (estado de sujeição), são algumas das disposições desta deturpação social, que constitui indelével mancha no processo civilizatório nacional.

O verbo *trabalhar* vem do latim vulgar *tripaliare*, que significa torturar, e é derivado do latim clássico *tripalium*, antigo instrumento de tortura. Com o passar do tempo, o vocábulo passou pelo processo de significação em que é relacionado à fadiga, esforço, sofrimento, cuidado, encargo, em suma, valores negativos, dos quais se afastavam os mais afortunados. Isso contribuiu para a negação de direitos e o tratamento indigno dos trabalhadores em certas ocasiões, como nos trabalhos em condições análogas às de escravo e nas demais formas degradantes de trabalho.

Em se tratando da esfera trabalhista e direitos sociais, a Constituição brasileira relaciona dispositivos que demarcam a significação sobre a proteção da sua natureza principiológica e sua imperatividade em assegurar a efetividade do conteúdo normativo, considerada tanto como um “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225, caput, da CF/88), quanto a um bem de produção (art. 170, VI). Nesse manejo, o preceito latino de Ulpiano, que também consta no *Digesto*: “Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere<sup>5</sup>”, “Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu” e isto implica pormenorizadamente em evitar que as faculdades do proprietário seja de usar, gozar e dispor de um bem atuem de modo a causar danos e degradações.

Muito se discute sobre a eficiência das leis brasileiras, uma vez que além de agregarem muito valor normativo, ainda são largamente instituídas a fim de estabelecerem atuação resolutiva, embora haja apreciação no sentido de ratificar que não é por muita regulamentação que há efetividade de leis, mas em como ela é tratada

---

<sup>5</sup> Vivian, Wilson. *Princípio alternum non laedere, neminem laedere, dignidade humana e boa-fé* [em linha]. s.d. <[www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br)> [19 setembro 2016].

pelo aplicador do direito. Afirma Kelsen à luz do positivismo e da justiça que “uma norma jurídica deixará de ser válida quando duradouramente ineficaz. Assim, o mínimo de eficácia depende da aplicabilidade da norma no mundo fático pelos destinatários finais”.

A possibilidade de acesso dos bens infra mencionados fazem parte do conjunto de benefícios que o salário mínimo deve proporcionar ao trabalhador e à sua família, de acordo com o disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988.

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, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da república federativa do Brasil.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

A conquista de valores significativamente sociais não se faz sem acesso a um mínimo necessário de propriedade e esse mínimo é o que o ordenamento jurídico brasileiro se propõe a efetivar, alinhando atributos como o capital e o trabalho. A Constituição da República Federativa do Brasil empenha esforços para solucionar conflitos, uma vez que demarcou como fundamentais, entre outros, "a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa", art. 1º, III e IV, da CF/88.

Impõe, ainda, a Carta Política como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades

sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A perspectiva de contemplação de uma sociedade justa está alicerçada na ideia de liberdade e solidariedade e isto se correlaciona aos aspectos de democracia econômica e social, ou seja, todos os cidadãos acolhidos pelo progresso científico e tecnológico, acesso a condições dignas de trabalho, oportunidades iguais em condições equivalentes independentemente de sexo ou gênero, além de ter o direito a saúde, educação, lazer, cultura, segurança, bem-estar, amparo familiar e o acesso à justiça.

A ciência do direito organiza, seleciona e reúne normas que disciplinam e regulamentam a apropriação de determinadas tomadas de posicionamento humano e isso está alicerçado em valores morais como contributo social geral, em correspondência ao estipulado pela necessidade da cidadania em pleno desenvolvimento em diferentes âmbitos. O que nos preocupa e ressalta-se nesta pesquisa como objeto de investigação é a aplicação da lei e muito mais sua funcionalidade de realização de justiça a partir do anseio do povo representado em propostas por seus governantes. Oportuno demarcar o conceito de justiça a partir de uma visão panorâmica do que é “justo” para que então, possamos completar a ideia de “livre e solidário” como atributos correlatos que se completam no próprio conceito de justiça.

Etimologicamente o termo Justiça se origina na expressão latina *iustitia* e faz referência a quatro pilares fundamentais também denominados de virtudes cardeais: a Prudência, a Justiça, a Força e a Temperança.

Deus entregou a terra a Adão para que ele e seus filhos a plantassem e tirassem dela o seu sustento. O homem usou e usa as coisas da natureza para comer, para vestir, para fabricar objetos necessários à sua vida. Como filhos de Deus e tendo recebido a terra como herança, os homens podem possuir suas coisas, sua terra, sua casa, seus objetos, que lhe são necessários para viver e para alimentar sua família. É fácil compreender que nem sempre haverá um acordo entre os homens sobre a posse desses bens materiais.

Deus nos concedeu a virtude da justiça para que houvesse igualdade de benefícios entre os homens assim como equidade de trabalho, cada um executando aquilo para o qual foi designado a fazer na proporção de suas habilidades e vontade; isso implica cuidar do que está sob a sua responsabilidade para o benefício do outro e de nós mesmos.

Quando se aborda o termo “justiça” há uma aproximação de outros três elementos substanciais: o direito, a razão e a equidade. Essa agregação se dá pela força de “atribuir ao ser humano aquilo que lhe foi conquistado devidamente, ou seja, entregar a outrem o que lhe pertence”. Concomitantemente, a justiça refere-se ao Poder Judicial e à pena ou ao castigo público. Desta forma, quando a sociedade “pede justiça” perante uma atrocidade, o que faz é clamar ao Estado que garanta que o ato criminoso seja julgado e castigado devidamente o(s) sujeito(s) praticante(s) a partir dos diversos modos<sup>6</sup> de examinar o direito: demarcando o seu valor ideal, ou seja, aspectos da justiça; o seu valor formal que corresponde à validade da norma e do seu cumprimento prático que se refere à eficácia.

#### **4 Conclusão**

Aboliu-se a escravatura e a sociedade não possuía capacidade de receber pessoas advindas dessa realidade, que embora estivessem na condição de “livres”, ainda pertenciam a um enquadramento de deplorável situação social. Após 128 anos de Lei Áurea não se contempla ainda a restituição de direitos humanos e garantias sociais que outrora foram reduzidos àqueles escravos.

O que foi submetido à apreciação deste trabalho é a anomalia social que se desenvolveu por essa falta de regulamentação legislativa pelo Estado que tivesse como finalidade a inserção do ex-escravo à condições dignas de trabalho que não fosse nem às análogas ao que fora anteriormente vividas e sofridas por este. Nessa perspectiva, surgindo um tipo diferente de escravidão – a Voluntária; por conta da escassez de oportunidades e ausência de espaços num âmbito que o trabalho manual, braçal ou artesanal era considerado indigno e humilhante.

Este estudo não se trata, portanto, de um levantamento das ineficiências do Poder Executivo Imperial, mas da desobrigação que até hoje predomina de garantir, conforme preceitua a Constituição da República Federativa do Brasil, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, oportunidades válidas em que os governantes poderiam ter assistido à regulamentação das normas que ratificam esse direito, fortalecendo outros direitos como: à liberdade, à igualdade, dignidade da pessoa humana e os direitos sociais.

---

<sup>6</sup> Carlos Henrique Bezerra Leite, Procurador Regional do Ministério Público do Trabalho, que aprofundou o estudo na Teoria da Justiça, alega que “uma norma para ser eficaz deve ser também justa: fim social da norma, dos ordenamentos e do direito como ideal de justiça”.

**Referencias Bibliográficas:**

- Camargo De Melo, Luís Antônio. “Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo”. *Revista do MPT*, 2010, 26, p. 14.
- De Brito Filho, José Cláudio. *Trabalho decente análise jurídica da exploração do trabalho, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004.
- Gomes, Luiz Flávio; Molina, Antonio. *Direito Penal*. Parte Geral, vol. 2. São Paulo: RT, 2007, p. 59.
- Leite, Carlos Henrique. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- Lourenço, Dom. *As virtudes cardeais*. Salvador de Bahía: OSB, 2008.
- Moraes, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2015.
- Reis, Jair. *Trabalho Decente* [en línea]. s.d. <[www.ambitojuridico.com.br](http://www.ambitojuridico.com.br)> [13 setembro 2016].
- Vaz, Isabel. *Reflexões sobre uma sociedade justa* [en línea]. s.d. <[http://200.198.41.151:8081/tribunal\\_contas/1998/02/-sumario?next=14](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1998/02/-sumario?next=14)> [18 setembro 2016].
- Vivian, Wilson. *Princípio alternum non laedere, neminem laedere, dignidade humana e boa-fé* [en línea]. s.d. <[www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br)> [19 setembro 2016].

# **RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD, USO DE LA FUERZA EN EL ÁMBITO SANITARIO**

## **RESTRICTION OF THE RIGHT TO FREEDOM, USE OF FORCE IN THE HEALTH FIELD.**

Ángel Hernández García  
Silvia Hernández Herrero  
*Colegio Oficial de Médicos de Salamanca*

**Resumen:** El derecho a la libertad contemplado en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos puede ser restringido en el ámbito sanitario, tanto para preservar la seguridad de la persona como para asegurar el derecho a la vida, en aquellos pacientes que no tengan la competencia mental necesaria para discernir, cuando exista grave riesgo para la seguridad del paciente y de terceros, o siempre que sea una condición necesaria para el empleo de un tratamiento efectivo. La aplicación de las medidas de contención se ha de realizar teniendo en cuenta la dignidad de la persona, estas medidas serán necesarias para la recuperación de la autonomía y de los plenos derechos de ciudadanía de pacientes afectados por trastornos psiquiátricos graves o trastornos orgánicos, que hacen limitar sus capacidades de juicio. Las medidas terapéuticas para la atención de pacientes que presenten agitación, que conllevan coerción son la contención mecánica (Sujeción) y la contención farmacológica (Sedación). Generalmente se aplica contra la voluntad del enfermo, dándose el consentimiento del paciente en muy contadas excepciones. De esta forma, estos tratamientos tendrán que ser instaurados de forma forzosa, debido a la falta de conciencia de enfermedad del paciente, que le impide dar consentimiento de forma libre. Por otro lado, estas actuaciones se pueden completar con otras medidas de protección de dichos enfermos, como su traslado a un hospital con atención psiquiátrica, en el que el psiquiatra valorará la necesidad, con finalidad terapéutica, de un internamiento voluntario o involuntario. La restricción de la libertad consistente en el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico requerirá autorización judicial, esta será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida, con la posterior comunicación dentro del plazo de veinticuatro horas, para la preceptiva ratificación judicial.

**Palabras clave:** Restricción de libertad, Agitación, Sanitario.

**Abstract:** The right to liberty under Article 3 of the Universal Declaration of Human Rights may be restricted in the health sector, both to preserve the security of the person as to ensure the right to life, in those patients do not have the mental competence necessary to discern where there is serious risk to patient safety and of others, or whenever a necessary condition for the use of an effective treatment. The application of containment measures is to be performed taking into account the dignity of the person, these will be needed for the recovery of autonomy and full citizenship rights of many of those affected by severe psychiatric disorders or organic disorders, they do limit their capabilities judgment. The therapeutic measures for the care of patients presenting with agitation, involving coercion are mechanical restraint (Holding) and pharmacological restraint (sedation). Usually applied against the will of the patient, the patient's consent being given very few exceptions. Thus, these treatments have to be in place so forced, due to the lack of awareness of the patient's disease, which prevents him to consent freely. On the

other hand, these actions can be completed with other protection measures such patients, as his transfer to a hospital with psychiatric care, in which the psychiatrist will assess the need for therapeutic purposes, of a voluntary or involuntary confinement. The restriction of freedom consisting of the non-voluntary admission by reason of mental disorder require judicial authorization, this will be prior to such placement, unless reasons of urgency the immediate adoption of the measure hicieren necessary, with subsequent communication within twenty-four hours to the mandatory legal ratification.

**Keywords:** Restriction of freedom, Agitation, Sanitary.

## 1. Introducción

El Estado social y democrático de Derecho que reconoce el artículo 1 de nuestra Constitución presenta en cuanto a la restricción de libertad dos premisas fundamentales:

La primera, en pleno respeto a lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución, conforme al cual:

- 1.- La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.
2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

La segunda, por lo dispuesto en el artículo 17 del mismo texto:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la Ley
2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial<sup>1</sup>.

Como el mencionado artículo 10 de la Constitución reza, habrá de haber conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 3 manifiesta que: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> *Constitución Española*, arts. 10-17.

<sup>2</sup> *Carta Internacional de Derechos Humanos*.

Por otro lado, son varias las normas del ordenamiento jurídico español, sobre el tratamiento en salud mental, en las que la reforma puede sustentarse sin necesidad de crear una legislación especial: Ley General de Sanidad, El 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 y Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

De esta forma, desde el punto de vista jurídico, un internamiento es una detención, una imposición en contra de la voluntad de una persona, que de no existir la norma que lo legitima podría subsumirse dentro el tipo de las detenciones ilegales o de las coacciones y, ad fortiori, la existencia de dicha norma no exime de cumplir escrupulosamente las normas que en nuestro ordenamiento existen para ello.

Las medidas coercitivas son y han sido una constante en la práctica psiquiátrica, estas solo han de utilizarse cuando el paciente no tenga la competencia mental necesaria para discernir, cuando exista grave riesgo para la seguridad del propio paciente y de terceros, o siempre que sea una condición necesaria para el empleo de un tratamiento efectivo.

El manejo de las urgencias psiquiátricas resulta muy complejo, ya que se suma la presión asistencial, las exigencias de inmediatez diagnóstica y terapéutica de cualquier urgencia, los riesgos propios de un paciente que puede presentar alteraciones de conducta, y la actuación en el ámbito extrahospitalario, donde el desempeño médico se hace en un entorno no controlado. La seguridad tanto para el paciente como para los propios profesionales, ha de ser siempre garantizada.

Del total de patologías atendidas en Emergencias Sanitarias Sacyl, en el 2014 según la Memoria de Gerencia Emergencias Sanitarias 2015, los trastornos mentales constituyen un 9,7%.

## **2. Tipo de Intervenciones**

Las medidas terapéuticas para la atención de pacientes que presenten agitación en la atención en las UME Sacyl, están dirigidas a la contención y ésta puede dividirse en tres:

Contención Verbal: nos debemos dirigir al paciente de forma educada, en tono bajo, pero con seguridad y firmeza, mostrándole nuestro interés por su problema, escuchándole y ofreciéndole ayuda.

Contención Mecánica (Sujeción): esta va encaminada a disminuir los riesgos de auto o heteroagresividad, impedir la manipulación de otras medidas terapéuticas como vías o sondas o evitar la fuga de un paciente ingresado involuntariamente. Generalmente se aplica contra la voluntad del enfermo, dándose el consentimiento del paciente en contadas excepciones. La inmovilización de un paciente es un último recurso y una medida sanitaria preventiva de daños, dicha medida deberá reflejarse en la historia clínica del enfermo. El paciente que se encuentre en esta situación de sujeción, requerirá mayores atenciones de vigilancia y atención médica, que si no estuviese en esa situación.

En estos casos que sean necesarios la “reducción física” se aconseja solicitar la presencia y ayuda de las FCSE. En ningún caso el médico deberá tratar de reducir por la fuerza a un paciente psiquiátrico o que presente un cuadro de agitación, y menos si está armado. No es misión del facultativo la “captura” del enfermo agitado, pero sí su sedación y traslado a un centro psiquiátrico.

Contención Farmacológica (Sedación): Debe utilizarse en la mayor parte de los casos, tanto los trastornos psiquiátricos como los orgánicos. El arsenal terapéutico utilizado va a consistir en la administración de benzodiazepinas, fármacos de elección cuando no existan síntomas psicóticos, si por el contrario estos síntomas aparecen, se administrará neurolépticos. Empero, la combinación racional de benzodiazepinas y neurolépticos puede ser más eficaz que cada fármaco por separado.

Es perceptiva la constancia en la historia clínica de las circunstancias que han justificado tanto la adopción de estas medidas restrictivas, como su mantenimiento en el tiempo, mediante la inclusión en la historia clínica de todas las incidencias que hayan rodeado la medida.

En la mayoría de los casos, estos tratamientos tendrán que ser instaurados de forma forzosa, debido a la falta de conciencia de enfermedad del paciente, que le impide dar consentimiento de forma libre, 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, permite que esos pacientes puedan otorgar su consentimiento por representación, ateniéndose al apartado a del su artículo 9.3:

“Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones a criterio del médico responsable de su asistencia”.

En el artículo 9.2 de la anteriormente mencionada ley, también se referencia a los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación, así señala:

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: [...]

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. [...]

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. 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».

El Constitucional se ha manifestado acerca de la primacía de la voluntad del paciente respecto a la asistencia médica, revelando que la primera primaría sobre la segunda. No obstante, cuando la voluntad se encuentra ausente, prevalece el derecho a

la vida y a la integridad física, en esta deriva se encuentran la STC 120/1990 y la STC 11/1991<sup>3</sup>.

Según LARRAZ, sería necesario disponer de un protocolo escrito que recogiera:

- El procedimiento adecuado de todo el proceso de sujeción.
- Controles y monitorización permanente del proceso. Registro en historia clínica.
- Información de la medida aplicada al propio paciente y a los familiares o personas de su entorno de convivencia.

Finalmente la actuación en estos pacientes, se completará con otras medidas de protección de dichos enfermos, como su traslado a un hospital con atención psiquiátrica, en el que el psiquiatra valorará la necesidad, con finalidad terapéutica, de un internamiento voluntario o involuntario.

### Referencias Bibliográficas

Decreto 101/2005, DE 22 de diciembre, por el que se regula la Historia Clínica. (diciembre 28, 2005).

Galán Sánchez Cristina. Manzano Balsera Belinda, Palomo de los Reyes MJ. "Urgencias Psiquiátricas". Julián Jiménez, A. (coordinador). *Manual de Protocolos y Actuación en Urgencias del Complejo Hospitalario de Toledo*. Toledo: Edicomplet, 2010. pp. 1362-1363.

Gerencia de Emergencias Sanitarias Castilla y León. *Memoria de actividad 2015* [en línea] Valladolid: Junta castilla y león, 2016. <<http://www.saludcastillayleon.es/institucion/es/catalogo-prestaciones/emergencias-sanitarias/datos/memorias-actividad>>[05 mayo 2016].

Gómez Jara M. *Trastornos psiquiátricos y derecho*. Barcelona: Atelier, 2008.

Larraz, JA. *Medidas restrictivas en la hospitalización psiquiátrica* [en línea] Bioètica & debat: tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica, 2007,13. <[http://www.raco.cat/index.php/BioeticaDebat\\_es/article/viewFile/259490/346710](http://www.raco.cat/index.php/BioeticaDebat_es/article/viewFile/259490/346710)> [05 junio 2016].

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Jefatura del Estado. (14 de marzo 14, 1986).Última modificación 29 de julio de 2015.

---

<sup>3</sup> STC 120/1999, de 28 de junio de 1999 y STC 11/1991, de 17 de enero de 1991.

- 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. (noviembre 15, 2002). Última modificación 22 de septiembre de 2015.
- Mediuris S.L. *Mediuris. Derecho para el personal sanitario*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Molina Nieto T, Jiménez Murillo L, Montero Pérez FJ, Martínez Grueiro M. “Agitación psicomotriz”. En Jiménez Murillo Luis, Montero Pérez FJ. (coords). *Medicina de urgencias y emergencias. Guía diagnóstica y protocolos de actuación*. Barcelona: Elsevier, 2015. pp. 381-385.
- Nadejda Alekseeva, M.D. *et al.* “Urgent and Emergent Psychiatric Disorders”. *Neurologic Clinic*, 2012, 30, pp. 338-339.
- Olivares Díez JM. “Manejo terapéutico en urgencias psiquiátricas”. En: Palomo Tomás, Jiménez-Arriero MA. (eds.). *Manual de Psiquiatría*. Madrid: Grupo ENE Publicidad, SA, 2009, pp. 661-662.
- Pallarés Neila, Javier.”¿Podrías decirme, por favor, qué camino he de tomar para salir de aquí?” *Revista Asociación Española Neuropsiquiatría*, 2014, 34 (121), pp.115-131.
- Personal sanitario Gerencia de Emergencias sanitarias Castilla y León. “Urgencias Psiquiátricas”. En: Junta de Castilla y León. *Manual de Actuación Clínica en las Unidades Medicalizadas de Emergencias*. Valladolid: Junta de Castilla y León, 2007. pp. 223-225.
- Ramos J. *Límites del consentimiento en las personas con trastorno mental grave: el tratamiento involuntario*[en línea] *Bioètica & debat: tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*, 2007,13.  
<[http://www.raco.cat/index.php/BioeticaDebat\\_es/article/viewFile/259490/346710](http://www.raco.cat/index.php/BioeticaDebat_es/article/viewFile/259490/346710)> [05 junio 2016].



*IV.4. EL DERECHO A LA FAMILIA  
Y A LAS LIBERTADES SEXUALES  
Y REPRODUCTIVAS*



# DIREITO AO AMOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO

## RIGHT TO LOVE IN THE LAW

Sabrina Gomes Freitas

*Procuradora Jefe de la Asesoría Jurídica de la Secretaría Municipal  
de Salud de Goiânia*

Tânia da Silva Trilha

*Profesora en la Universidad Candido Mendes/Friburgo*

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo abordar o Direito ao amor no ordenamento jurídico fazendo um panorama na legislação alienígena com destaque também no Brasil, além de uma análise crítica sobre a forma de se abordar o amor e o afeto sob a ótica dos direitos humanos na proteção da família, na legalidade e como princípio ou vontade, sendo a metodologia escolhida a recolha das constituições de várias nacionalidades, além da análise de relatórios, artigos, revistas, teses e legislações comentadas. Sopesando as questões de direitos humanos, isto é, os direitos e liberdades básicas de todos os seres humanos na sua forma de constituir suas famílias, que diante das constantes pressões da sociedade, em especial, a liberdade do afeto. Fazendo-nos perquirir a influência da garantia dos direitos humanos nas mais variadas relações. Valendo ainda ponderar as mutações dessa igualdade entre esposa e companheira, diante da pluralidade de formas das famílias atualmente constituídas. Algumas advindas do desAmor, outras da multiplicidade desse amor. Conclui-se que o amor na seara jurídica está presente entre um ou mais indivíduos (homens e/ou mulheres), independentemente se dividem o teto, ou na periodicidade que dividem o leito e à mesa. Presente na relação entre pais e filhos por consanguinidade, pela lei ou por afetividade. Presente na sua ausência, constando no desAMOR, desde que intrinsecamente na sua formação linguística, até a sua regulamentação nos desfazimentos dos laços afetivos com consequências patrimoniais, sucessórias, guarda e dano moral na alienação parental, além do desAMOR, provocar até consequências criminais também abarcadas por outra vertente do Direito. Não se pode deixar de colocar o amor em pauta, com ou sem regulamentação, ele vem presente no discurso e reclama por Justiça, por respeito a todas as formas de amor.

**Palavras chaves:** Direitos Humanos, Família, Amor, Afetividade, Princípio.

**Abstract:** This article aims to address the right to love the law making a panorama in alien law with emphasis also in Brazil, as well as a critical analysis of the way to approach love and affection from the perspective of human rights in protection the family, the law and the principle or will, and the methodology chosen collection of the constitutions of various nationalities, as well as analysis of reports, articles, magazines, theses and commented legislation. Hefting the human rights issues, that is, the basic rights and freedoms of all human beings on their way to establish their families, who face the constant pressures of society, in particular freedom of affection. Causing us to assert the influence of the guarantee of human rights in various relations. Availing still consider the changes that equality between wife and companion, on the plurality of forms of families currently constituted. Some resulting from the lack of love, the other multitude that love. The conclusion is that love in the legal harvest is present between one or more individuals (men and / or women), regardless divide the ceiling, or on the basis that divide the bed and the table. Present in the relationship between parents and children by blood, by law or affectivity. Present in his absence, stating the lack of love, since intrinsically in their language training to its regulation in undoings of affective ties with financial consequences, succession, guardianship and moral damage in parental alienation, beyond disaffection, causing even consequential criminal also embraced by

another arm of the law. One can't put love on the agenda, with or without regulation, it comes in the speech and calls for justice, respect for all forms of love.

**Keywords:** Human Rights, Love, Affectivity, Principle.

## 1. Introdução

O amor é a mais pura forma de duas ou mais pessoas, juntas, viverem, alcançarem seus sonhos construir uma família e com respeito entre ambos terem a liberdade das suas escolhas garantidas pela lei, pelo Direito. Duas ou mais pessoas, justamente, porque além das relações hétero e homos, temos hodiernamente algumas relações poliafetivas e paternidades ou maternidades socioafetivas. E não podem a sociedade ou a lei, fecharem os olhos para tais circunstâncias. A diversidade é a vedete do novo século, entretanto, mesmo diante de tantas mudanças, a sociedade, por vezes fecha os olhos e por outras, hipocritamente, luta para garantir seus direitos e a liberdade. Então, por que não permitir que as escolhas livres sejam garantidas pela lei, respeitadas pela sociedade e permitido que o amor seja aceito em todas as suas formas e escolhas? Esse é o desafio do Direito.

O presente artigo tem como objetivo abordar o Direito ao amor no ordenamento jurídico fazendo um panorama na legislação alienígena com destaque também no Brasil, além de uma análise crítica sobre a forma de se abordar o amor e afeto sob a ótica da legalidade, como princípio ou vontade, sendo a metodologia escolhida a recolha das constituições de várias nacionalidades, além da análise de relatórios, artigos, revistas, teses e legislações comentadas.

Para tanto se faz necessário abordar as questões de proteção a entidade familiar pelos direitos humanos, isto é, os direitos e liberdades básicas de todos os seres humanos na sua forma de constituir suas famílias, que diante das constantes pressões da sociedade, em especial, a liberdade do afeto. Fazendo-nos perquirir a influência da garantia dos direitos humanos nas mais variadas relações. Valendo ainda ponderar as mutações dessa igualdade entre esposa e companheira, diante da pluralidade de formas das famílias atualmente constituídas. Algumas advindas do desAmor, outras da pluralidade desse amor.

Conforme a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, deve-se considerar a pessoa como fim e não como meio/instrumento, contra os processos de mercantilização do ser humano.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana reafirma a noção de alteridade, como respeito da pessoa pelo outro, materializada no oferecimento de

condições de possibilidade para sua existência digna, bem como, as suas relações afetivas.

A relevância da dignidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro é declarada no texto da Lei Fundamental, pois em seu primeiro artigo ao invocar a dignidade da pessoa humana, a igualdade de todos perante a lei, bem como, a inviolabilidade das garantias civis fundamentais, fica claro o entendimento acerca do direito à vida, sendo garantidas e preservadas as escolhas e em especial, o afeto existente nessas escolhas.

Em suma, o que se pretende sustentar é que a dignidade da pessoa humana e o direito ao amor, nas mais variadas espécies de inclusões familiares, encontra respaldo na igualdade, princípio basilar dos Direitos Humanos.

## **2. Proteção a família como valor de direitos humanos**

O entendimento do que a família evoluiu ao longo do processo histórico passando por várias fases, Friedrich Engels<sup>1</sup>, ao estudar a família, pontua sua evolução em quatro etapas: família consanguínea (os grupos conjugais se separam por gerações e os membros se relacionavam sexualmente entre si), família punaluaana (excluindo a prática da relação sexual entre os membros da própria família, sendo que em seu auge, foi determinada a proibição do casamento entre primos de segundo e terceiro graus), família pré-monogâmica (a mulher passou a ser criminalizada por adultério e foi proibida de relacionar-se com vários homens para ser de propriedade de um só, enquanto que ao homem era permitido a prática da poligamia.) e a família monogâmica (o casamento era uma forma de manter a esposa, podendo repudiá-la por traição ou esterilidade).

As famílias não eram unidas por laços de afeto, mas eram constituídas com o intuito procriatórios, por proteção aos bens, a honra, sem a necessidade e/ou obrigatoriedade de se amarem entre si.

Sob o aspecto legal da abordagem histórica da família, de acordo com Bolivar da Silva Telles<sup>2</sup>, no Direito Romano, tem-se a figura do *Pater* famílias, que era um chefe familiar patriarcal. Surge o Direito Canônico, onde existe a figura da família

---

<sup>1</sup> Engels, Friedrich y Mioranza, Ciro. *A origem da família da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Escala, pp. 31-7. Bolivar da Silva, Teles. *O Direito de Família no Ordenamento Jurídico na Visão Codificada e Constitucionalizada*. Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de curso. Puc-Rs, Brasil, Rio Grande do Sul, 2011. [Em linha] <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_1/bolivar\\_telles.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bolivar_telles.pdf)> [20 de junho de 2016]

como um Sacramento surgindo à gênese da família cristã. E por último, a Era da Codificação, representada pelo Código Civil de Napoleão, que teve profundas influências das compreensões anteriores.

Na modernidade o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>3</sup> é reconhecido que a dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Verifica-se nesse momento histórico que a Declaração inspirada nos conceitos de igualdade, fraternidade e liberdade, trouxe um conceito de família humana.

Sérgio Rezende Barros<sup>4</sup>, afirma que o direito de família seria o mais humano dos direitos, onde o indivíduo inserido em determinado núcleo familiar sofrerá repercussões na sua existência, no plano social, econômico e ou psicológico.

A multiplicidade de papéis familiares com a mudança de paradigmas devidos as transformações sociais, médicas, tecnológicas, jurídicas e políticas, na pós-modernidade modificaram o conceito de família que passou a se fundamentar no afeto e na realização pessoal e do outro e pela busca da felicidade comum, além da valorização da dignidade da pessoa humana, surgindo vários tipos de entidades familiares imbuídas do mesmo propósito.

Intrinsicamente ligada aos Direitos Humanos na proteção familiar, outros princípios o alicerçam, tais como: dignidade da pessoa, igualdade entre os membros pertencentes a entidade familiar, fraternidade, solidariedade, proteção da criança, adolescente, idoso, liberdade de formação e dissolução, convivência familiar, planejamento familiar, paternidade responsável e a afetividade. O amor entre os membros da entidade familiar é o elo que une e sustenta essa gama de princípios e na sua falta é o que a desestrutura gerando reflexos nas relações pessoais e sociais.

A comunhão do afeto vem permeando as novas relações embora não apareça expressamente nos ordenamentos jurídicos e esse é o objeto do nosso estudo.

Valendo por fim ponderar quanto à instituição família, a sua evolução dupla, pois com o passar do tempo, de um lado a família se encontra reduzida, quanto ao número de pessoas por ela composta e de outro lado, a autoridade absoluta do homem, em todo o sistema jurídico, pátrio e parte do alienígena, tem permitido que a mulher

---

<sup>3</sup> Declaração Universal, ONU, 1948.

<sup>4</sup> Resende de Barros, Sergio, Câmara Goreniga, Gisele y Perereira Cunha, Rodrigo (coords.). *Direitos Humanos da Família: dos fundamentos aos operacionais*. São Paulo: Imago, 2003.

papel cada vez mais importante, seja em decorrência do amor, do desAmor ou da igualdade.

### 3. Direito ao amor nas legislações alienígenas

A conceituação do amor perpassa, por questões linguísticas, psicanalíticas, filosóficas, sociológicas, antropológicas, religiosas, culturais e até mesmo jurídicas. Gabriel Chalita<sup>5</sup> poetizando sobre amor, destaca que :

(...) tanto na cultural ocidental, quanto na cultura oriental. Até porque, independentemente da língua escolhida, os significados desse termo, trazem em seu bojo um caráter vigoroso e múltiplo. O amor é um conceito diverso, repleto de contrastes, antíteses, paradoxos e peculiaridades que o tornam tão singular como complexo. Por isso, defini-lo, é muito mais do que uma simples demonstração de conhecimento linguístico, é antes de tudo uma empreitada desafiadora.

Na psicanálise pela análise de Maria Madalena de Freitas Lopes<sup>6</sup> (2009).

“O amor é uma invenção, recurso poético e primeiro, originário do humano, naquilo em que o Humano ganha destaque. Esta é uma trilha percorrida ao longo da história da psicanálise, que com Freud se inicia — e o amor força a cada passo que seja considerado e definido, impõe sua pesquisa no caminho da subjetividade e de seu eixo, o desejo. Assim se esclarece na perspectiva de Lacan, que persegue tal trilha. A repetição e a transferência que abordam a temática amorosa se revelam vinculadas à ordem pulsional (ou a sexualidade tal qual a psicanálise freudiana a revela). O gozo, a satisfação, a completude marcam presença na contramão do amor. (...) O amor ganha sua primeira definição a partir do narcisismo — é “amor a si mesmo” —, tão imaginário como Narciso e a fantasia, mas insiste em suas sutilezas que levam Freud a atentar e definir a morte, e destacá-la enquanto presença em sua teoria. Invenção também de Freud? É a interpretação do silêncio que marca o humano? Castração? O reconhecimento do Outro se vincula ao amor — mais precisamente, por seu Dom —, ganha os contornos do uso do símbolo, que surge como Lei; e o amor, por fim, é capaz de ser reconhecido como saída humana: é superação narcísica e presença da morte, castração na contramão da completude almejada pela pulsão.

Para a filosofia sob a ótica de Platão<sup>7</sup> (427-343 a.C.) o verdadeiro amor para as pessoas é um sentimento que pretende preencher pelo que se falta, e algumas delas não

---

<sup>5</sup> Chalita, Gabriel. *Pedagogia do amor: a contribuição das histórias universais para a formação dos valores das novas gerações*. Brasil, São Paulo: Editora Gentes, 2005, p.166.

<sup>6</sup> de Freitas Lopes, Maria Madalena. *Como as mulheres amam: um estudo semiótico-psicanalítico do amor feminino* [em linha] Tese de Doutorado, 2002 <[http://www.ufrgs.br/infotec/teses00-02/resumo\\_1035.html](http://www.ufrgs.br/infotec/teses00-02/resumo_1035.html)Acesso 15.05.2016> [16 de agosto de 2016].

atentam para o fato desse vazio poder ser preenchido por uma diversidade de objetos. Amar é buscar no outro satisfação de carências emocionais e espirituais.

Gomes e Dias apud Gall<sup>8</sup>, explicam que na visão sociológica o amor seria a-histórico e analisado sob sua representação coletiva e presença social, que não é vivenciado de forma uniforme por todos da sociedade, nem possui os mesmos valores, também não se explicando pelo mesmo discurso, comportamentos e atitudes, modificando sua definição em cada sociedade.

A influência do Direito Canônico nas Legislações regulou o matrimônio, considerando-o como sacramento, passando a regular o matrimônio e a fidelidade entre os cônjuges. No Código de Direito Canônico (2007) consta a palavra amor, por dez vezes, sendo que no matrimônio destaca-se:

Cân. 1063, Os pastores de almas têm obrigação de procurar que a própria comunidade eclesial preste assistência aos fiéis, para que o estado matrimonial se mantenha no espírito cristão e progrida em perfeição. Tal assistência deve prestar-se principalmente:

3.º com a frutuosa celebração litúrgica do matrimônio, pela qual se manifeste que os cônjuges significam e participam o mistério da unidade e do amor fecundo entre Cristo e a Igreja; (grifo nosso)<sup>9</sup>.

Atualmente, podemos destacar o amor presente no Código Civil de Lousiana, localizado na região Sul dos Estados Unidos no dever dos pais na disputa pela guarda dos filhos no que diz respeito ao bem-estar da criança, prevendo doze fatores, entre eles, destaca-se o amor, carinho e outros laços emocionais, a capacidade de dar orientação espiritual e idoneidade moral.<sup>10</sup> Na Constituição dos Estados Unidos, não faz menção a Deus, afeto e ao amor.

A nova Constituição da Hungria, em vigor desde janeiro de 2012, criticada pela União Europeia por entender que afronta os Direitos humanos, privilegia o cristianismo e a entidade familiar. O esboço da Lei Fundamental começa com a Declaração Nacional de Fé a qual, se for considerada preâmbulo, é apenas uma declaração solene sem qualquer efeito legal. No entanto, proclama que a família e a nação fornecem o

---

<sup>7</sup> Platão. *O banquete*. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 447.

<sup>8</sup> Cláudia Gomes, Andreia Dias. Sociologia e o amor, este artigo teve a influência de “Segundos os amores. Amar a razão?” de Didier Le Gall . [em linha] Entrementes, 2013 <<http://entrementes12c.blogspot.com.br/2013/02/sociologia-e-o-amor.html>> [8 de agosto de 2016].

<sup>9</sup> António Leite, S.J. *Código de Direito Canônico. Promulgado por s.s. O Papa João Paulo II*. Lisboa: Editorial Apostolado Da Oração Braga, 2007, p. 448.

<sup>10</sup> Lovett, John A. “Loyalty and the Louisiana civil code: rules, standards and hybrid discretion in a mixed jurisdiction”. *Louisiana Law Review*, pp. 923, 2012.

enquadramento fundamental para a comunidade na qual os valores essenciais são a lealdade, fé e amor<sup>11</sup>.

No entanto, pela análise da evolução histórica percebe-se em grandes partes das legislações no momento da separação entre a Igreja e o Estado, o último tornou-se laico em várias soberanias e o vocábulo amor, deixou de ser pauta nos regramentos normativos, pois nele está embutido a ideia de espiritualidade e religiosidade. Em contrapartida é possível encontrar, a palavra liberdade, qualidade de vida, igualdade, por várias vezes nas legislações.

Nas Constituições dos países que falam língua portuguesa, ausente o vocábulo, em Angola, Constituição (1975), Brasil, Constituição (1988), Cabo Verde, Constituição (1991), Guiné-Bissau, Constituição (1996), Portugal, Constituição (1976), São Tomé e Príncipe, Constituição (1975) e Timor-Leste, Constituição (2002). No entanto, podemos observar a palavra amor na Constituição de Moçambique de 1975, no artigo 120, nº 3, onde consta que a família e o Estado asseguram a educação da criança, formando-a nos valores da unidade nacional, NO AMOR À PÁTRIA, igualdade entre homens e mulheres, respeito e solidariedade social.<sup>12</sup>

Merece destaque que Deus, aparece no preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, no preâmbulo Constituição da República Democrática de Timor-Leste de 2002 e no juramento obrigatório da investidura de posse do Presidente da República e silente nas demais nacionalidades que falam português.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o amor, felicidade e Deus não foram contemplados, porém verifica-se o espírito de fraternidade, nela expresso, na relação entre os seres humanos.

Observasse, porém que o afeto (amor), pode ser destacado em suas várias formas, quer seja na união das pessoas através do matrimônio, nas uniões de fato, nas várias concepções de família, na responsabilidade parental, no planejamento familiar, ou presentes na dignidade da pessoa humana, na solidariedade.

O afeto foi consagrado internacionalmente através da Organização das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos da Criança, no princípio VI desde de

---

<sup>11</sup> Dossier 169. “Hungria a extrema-direita no poder. A Terceira Onda.A Nova Constituição da Hungria” [em linha] *Esquerda.net*, 2012 <<http://www.esquerda.net/dossier/terceira-onda-%E2%80%93-nova-constitui%C3%A7%C3%A3o-da-hungria>> [10 de julho de 2016].

<sup>12</sup> Augusto, Fernando, et al. (coords). *As Constituições dos países da comunidade de língua portuguesa*. Brasília: Conselho Editorial, Edições do Senado Federal, 2007, v.1, p. 928.

1959<sup>13</sup>, na Declaração Sobre Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar das Crianças, em seu artigo 5º, previsto em 1986<sup>14</sup>.

A afetividade não é somente o direito de amar, de ser feliz, mas também o dever de compreender e estar com o Outro, porquanto “existir não é apenas estar-no-mundo, é também, inevitavelmente, estar-com-alguém”, (Hottois, 2002, p.327 apud Welter, 2009, P.52) estar-em-família, rompendo com a individualidade e com os conceitos prévios (pré-conceitos, pré-juízos). A diversidade humana é, simultaneamente, genética, afetiva e ontológica, e somente mediante o diálogo permanente será possível arrancar das profundezas da condição humana a individualidade e os preconceitos sobre o texto do direito de família (Welter, 2009, p.52)<sup>15</sup>.

Nessa linha, passam tanto o direito pátrio, quanto grande parte do direito comparado, a considerar o Direito **das** Famílias, que deixa de ser uma instituição patriarcal, na maioria das Nações, para se tornar uma organização fundamentada nos laços de amor e compreensão.

#### **4. Direito ao amor no ordenamento jurídico brasileiro**

A vida da gente se resumia ao romantismo, ao sentimentalismo [...] Todo mundo era muito romântico. Você tem um namorado. Eu tinha mesmo uma amiga, ela tinha um namorado, ele foi estudar em um estado, não lembro qual foi, se foi no Pará? E ela passou dez anos esperando por ele. Só fazendo carta. Só fazendo carta. Só se comunicavam por carta, quando ele voltou, casou e foram muito felizes. Muito felizes mesmo. E era muito feliz, ela não ia a baile, ela não frequentava. Isso era comum. Não era caso isolado, isso era comum. Toda moça fazia isso. Dava muito valor ao romantismo, à paixão, ao amor à essa coisa<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Princípio VI - Direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade.

A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afecto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas.

<sup>14</sup> Artigo 5. Em todas as questões relativas ao cuidado de uma criança por pessoas que não sejam seus próprios pais, os interesses da criança, em particular sua necessidade de receber afeto e seu direito à segurança e aos cuidados contínuos, devem ser a consideração fundamental.

<sup>15</sup> Belmiro Welter, Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52.

<sup>16</sup> De Sousa Vilarinho Oliveira, Yara Maria. *Depoimento concedido a Elizangela Barbosa Cardoso*. Brasil: Teresina, 2007.

O amor romântico enquanto sentimento que por meio do casamento, que surgiu aproximadamente no ano de 392, quando foi reconhecido o cristianismo e o casamento era realizado pela escolha livre dos nubentes. O amor prevalecia e era realizado geralmente entre pessoas da mesma família, para haver prenúncio da paz e aumento dos laços sanguíneos.

Na era Medieval os pais escolhiam os pretendentes para os filhos com intenção de continuar e manter o clã. A igreja, nessa época, institucionalizou que o casamento seria feito entre pessoas de sexo diferentes, escolhidas pelos pais, onde ocorria a junção de riquezas. O casamento era visto como um negócio.

No Brasil, a primeira disposição legal sobre o casamento foi mais ou menos em 1803. Sendo editada uma lei que reconhecia o casamento como uma instituição religiosa e tinha como requisito à conjunção carnal. Com o advento das Constituições, as mulheres passaram a ter alguns direitos. Depois foi criado o Estatuto da Mulher Casada, onde a mulher passou a ter opinião própria dentro do lar, mas com limitações.

Em 1973 surge a Lei 6.015 que trás várias transformações (de desquite a separação consensual etc). Hoje, o casamento civil reconhece a união entre pessoas de sexos opostos e idênticos. Entretanto, a situação não demora a se alterar diante das relações poliafetivas que surgem de norte a sul do País. O amor volta a prevalecer.

E sopesando o afeto a Corte Suprema brasileira, surpreende a todos expedindo voto favorável à divisão de verbas previdenciárias entre a esposa e a concubina<sup>17</sup>.

Nas palavras do Ministro Carlos Ayres Brito, que apresentou voto favorável à divisão das verbas, ele ponderou a respeito da não importância de os protagonistas de tal projeto de felicidade, ou seja, a união estável de um homem ainda casado e outra mulher. Salientando o Ministro:

Não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de 'filhos concubinários'. Designação pejorativa, essa, incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que 'Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação' (6º do art. 227, negritos à parte). Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo

---

<sup>17</sup> Recurso Extraordinário n.º 397.762-8/BA, STF, maio de 2016, rel. Min. Marco Aurélio.

ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração 'é terra que ninguém nunca pisou'. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer modo embaraçante (...). No caso dos presentes autos, o acórdão de que se recorre tem lastro factual comprobatório da estabilidade da relação de companheirismo que mantinha a parte recorrida com o de cujus, então segurado da previdência social. Relação amorosa de que resultou filiação e que fez da companheira uma dependente econômica do seu então parceiro, de modo a atrair para a resolução deste litígio o 3º do art. 226 da Constituição Federal. Pelo que, também desconsiderando a relação de casamento civil que o então segurado mantinha com outra mulher, perfilho o entendimento da Corte Estadual para desprover, como efetivamente desprovejo, o excepcional apelo. O que faço com as vênias de estilo ao relator do feito, ministro Marco Aurélio.”

Sendo certo, que o entendimento do Ministro Ayres Brito, emprestou amparo legal a uma realidade constante em nossa sociedade, sopesando o amor perante as regras morais conservadoras que não podem limitar as escolhas dos indivíduos em suas relações.

Nesta mesma linha de raciocínio a sociedade espera que o reconhecimento do amor em suas múltiplas relações, seja reconhecido pelos tribunais brasileiros, pois no que tange ao poliamor, temos decisões para todos os gostos. Ao contrário das uniões e casamentos homoafetivos, reconhecidas de norte a sul do país, as uniões poliafetivas são reconhecidas nos tribunais do Rio Grande do Sul e São Paulo, tendo as escrituras públicas reconhecimentos, entretanto, a Corregedoria do Tribunal carioca, expediu normativa, não reconhecendo qualquer escritura de união poliafetiva.

Assim, cabe perguntar: o Estado pode influenciar nas escolhas das pessoas? O amor é reconhecido apenas entre duas pessoas? A autonomia da vontade merece ser limitada? Novas relações que identificam lacunas da lei não merecem reconhecimento?

Tantas são as indagações, como muitas já existiram diante das novas relações que surgiram com o passar do tempo e muitas, que ainda vão surgir. E a proteção ao amor, as escolhas dos indivíduos, ainda é deficiente.

O homem evolui, cria vários meios de comunicações, desenvolve várias tecnologias na seara das ciências, no entanto, discute as escolhas dos seus semelhantes e padroniza o amor, até mesmo como modelo de comportamento.

O ser humano ainda não aprendeu a ser livre. Livre de preconceitos estabelecidos por conceitos morais, mesmo tendo o direito pátrio, estabelecido a vedação ao racismo, ao preconceito, legalizado a habilitação dos casamentos para os homossexuais da mesma forma que os heterossexuais. Por vezes constatamos que a lei evoluiu, mas a sociedade ainda não o suficiente para aceitar as escolhas dos indivíduos. Os noticiários ainda nos surpreendem com a veiculação de notícias de agressões físicas e verbais contra homossexuais. Que “justiça” é essa, que parte da sociedade se acha no direito de fazer com suas próprias mãos? Tudo porque é um “modelo de amor” que foge aos padrões?

Com efeito, o Amor é expressão de conciliação, de mediação, frente à segregação do universo, é o anseio do homem, como assevera Platão<sup>18</sup>, por uma totalidade do ser, representando o processo de aperfeiçoamento do próprio eu. De outra maneira, desta feita segundo Sócrates, o amor é “um *desejo* de qualquer coisa que não se tem e que se deseja ter<sup>19</sup>”. Não sendo reduzido o amor a procura da metade de outro ser, sob a ótica de Platão, pois conforme pensava o filósofo, o amor é o anseio de ajudar o eu próprio autêntico a realizar-se. Essa realização ocorre, na medida em que a vontade humana tende para o bem e para o belo; subjugando-se esse amor a razão.

Mas sendo o amor sentimento, expressão de conciliação ou apenas o sentir daqueles que se relacionam, em suas várias formas ou espécies, merece ser respeitado, pois a escolha individual de cada pessoa é feita de forma livre. Não merecendo qualquer crítica, haja-vista que a escolha foi feita de forma livre, certa, merecendo amparo da lei, para que a banalização não ocorra, pois qualquer relação de afeto, por mais esdrúxula que possa parecer, é uma relação afetiva, merecedora de amparo legal, haja-vista, fazer parte da dignidade da pessoa e, por conseguinte fazer parte dos Direitos Humanos.

Sem falar nas também relações de amor surgidas da posse do estado de filho, ou seja, a maternidade ou paternidade socioafetivas. Circunstâncias presentes e cada vez mais presentes nas relações afetivas atuais, vez que as famílias se transformam e se formam novos modelos, não podendo a lei, deixar de garantir os direitos das novas

---

<sup>18</sup> Platão. *O banquete...*, Um dos diversos diálogos de autoria do filósofo.

<sup>19</sup> A presente citação é extraída do último discurso do diálogo *O banquete*, no qual Platão atribui a Sócrates, por muitos estudiosos considerados um dos pseudônimos usados por Platão, a referida definição do que seja o Amor.

famílias, vez que também são criadas e unidas por meio do afeto e da liberdade dos seus partícipes, em suas escolhas.

Merecendo rápida discussão a consideração a respeito do Direito de Família ou Direito das Famílias, conforme já aludido anteriormente. O Direito de família é, certamente, o mais humano dos direitos e assim considerado, deve ser nominado como o Direito das famílias, pois lida com as mais íntimas das relações humanas, nas quais flagram suas intimidades, sentimentos, vitórias e lutas, todas tendo como fundamento, relações de amor. O amor entre o homem e a mulher, o amor entre os homens, entre as mulheres, entre os filhos e tantas outras relações de amor que advém da família, sendo extremamente necessária a mudança, vez que o coletivo merece sopesar o individual.

Por mais diferente que sejam as relações que surgem da família, ou aquelas relações que surgem e formam novos tipos de famílias, todas têm tanto em sua formação quanto em sua continuidade o amor.

Sendo necessário que a lei em sua aplicação, diante de uma Constituição Cidadã, como é a vigente, tem que ser aplicada respeitando e considerando a existência legítima de todas as espécies de famílias e suas relações formadas pelo afeto. De tais relações surgem diversos direitos que carecem até de reconhecimento, quando fogem aos padrões tidos como normais e habituais. Entretanto, as relações e os direitos decorrentes, surgem do afeto, pois o amor hoje prevalece em todas essas relações, até que se findem e a partir daí travam-se verdadeiros duelos entre o amor e a justiça, como já ponderou Friedrich Nietzsche<sup>20</sup>, pois vejamos:

Porque é que se sobrestima o amor em detrimento da justiça e se diz dele as coisas mais lindas, como se ele fosse uma entidade muito superior àquela? Pois não é ele visivelmente mais estúpido que aquela? Por certo, mas, precisamente por isso, tanto mais agradável para todos. Ele é estúpido e possui uma rica cornucópia; tira desta os seus presentes e distribui-os a qualquer pessoa, mesmo que esta não os mereça e até nem sequer lhe agradeça por isso. É imparcial como a chuva, a qual, segundo a Bíblia e a experiência, não só encharca o injusto até aos ossos, mas também, em determinadas circunstâncias, o justo.

Assim, cabe ao legislador e ao julgador, deixarem de lado qualquer conservadorismo ou padrão, bem como, preconceitos e admitirem e normatizarem juridicamente os seus direitos. O amor não tem fronteiras! Jargão conhecido e sempre atual.

---

<sup>20</sup> Nietzsche, Friedrich. *In Humano, Demasiado Humano*.

## 5. Conclusões finais

Cabe observar que a judicialização do amor é algo complexo e raro de encontramos nos ordenamentos jurídicos atuais, primeiro porque do ponto de vista histórico as Constituições alienígenas e nacional em sua maioria tentaram se divorciarem das religiões e espiritualidade e tomaram uma postura mais racional positiva, criando outros princípios que acabam por tangenciar o amor, como a solidariedade, fraternidade, dignidade da pessoa humana- e implicitamente - e mais recentemente a própria afetividade no caso do Brasil.

O amor no mundo contemporâneo passa a ser pauta não explicitado na letra da Lei, mas no meio social, nas relações entre os seres, sendo embasamento para as decisões no ordenamento jurídico, que embora não tenha a pretensão de obrigar ninguém a amar, uma vez que isso vem do âmago do ser, do desejo, das experiências, da cultura e da vontade, tenta fundamentar suas decisões levando em consideração a capacidade de amor e afeto entre os indivíduos.

O amor na seara jurídica está presente entre um ou mais indivíduos (homens e/ou mulheres), independentemente se dividem o teto, ou na periodicidade que dividem o leito e à mesa. Presente na relação entre pais e filhos por consanguinidade, pela lei ou por afetividade. Presente na sua ausência, constando no desamor, desde que intrinsecamente na sua formação linguística, até a sua regulamentação nos desfazimentos dos laços afetivos com consequências patrimoniais, sucessórias, guarda e dano moral na alienação parental, além do desamor, provocar até consequências criminais também abarcadas por outra vertente do Direito.

Não se pode deixar de colocar o amor em pauta, com ou sem regulamentação, ele vem presente no discurso e reclama por Justiça, por respeito a todas as formas de amor. A diversidade de amar não cabe a Lei julgar, nem se aquietar em virtude de sua omissão legislativa que embora silente não pode negar tantas manifestações de amor e fechar os olhos para o fato social de que pessoas amam em várias línguas, gêneros, quantidade, cores, crenças e saudável ou doentamente. Talvez, o que falta é a “campanha” de preservação do amor em que mostre seu valor e sua importância como o mais valioso dos Direitos Humanos, pois uma sociedade que ama, em quaisquer das relações, como as já mencionadas, será, certamente, uma sociedade mais fraterna, solidária, criativa e que respeitará o indivíduo e todas as formas de Amor, estando ou não previstas em lei, pois a liberdade de amar tem que ser plena e A única coisa que o

Direito não deve fazer é contaminar o amor e fadá-lo ao insucesso e a injustiça, sob pena de transformá-lo em desamor.

### Referencias bibliográficas

- Antônio Leite, S.J. D. et al. (trads.). *Código de Direito Canônico. Promulgado por s.s. O Papa João Paulo II*. Braga: Editorial Apostolado Da Oração, 2007, p. 448.
- Augusto, Fernando et al. (coords.). *As Constituições dos países da comunidade de língua portuguesa*. Brasília: Conselho Editorial (Edições do Senado Federal), 2007, v.1, p. 928
- Belmiro Welter, Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Livrariado Advogado, 2009, p. 52.
- Bolivar da Silva Teles. *O Direito de Família no Ordenamento Jurídico na Visão Codificada e Constitucionalizada* [Em linha]. 2011.<[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_1/bolivar\\_telles.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bolivar_telles.pdf)> [20 de junho de 2016]
- Chalita, Gabriel. *Pedagogia do amor: a contribuição das histórias universais para a formação dos valores das novas gerações*. São Paulo: Editora Gentes, 2005, p.166.
- Claudia Gomes, Andreia Dias. “Sociologia e o amor, este artigo teve a influência de Segundos os amores. Amar a razão?” [em linha] *Entrementes*, 2013 <<http://entrementes12c.blogspot.com.br/2013/02/sociologia-e-o-amor.htm>> [8 de agosto de 2016].
- De Freitas Lopes, Maria Madalena. *Como as mulheres amam: um estudo semiótico-psicanalítico do amor feminino* [em linha]. Tese de Doutorado, 2002. <[http://www.ufrgs.br/infotec/teses00-02/resumo\\_1035.html](http://www.ufrgs.br/infotec/teses00-02/resumo_1035.html)Acesso 15.05.2016> [16 de agosto de 2016].
- De Sousa Vilarinho Oliveira, Yara Maria. *Depoimento concedido a Elizangela Barbosa Cardoso*. Brasil: Teresina, 2007.
- Dossier 169. “Hungria a extrema-direita no poder. A Terceira Onda.A Nova Constituição da Hungria” [em linha] *Esquerda.net*, 2012 <<http://www.esquerda.net/dossier/terceira-onda-%E2%80%93-nova-constitui%C3%A7%C3%A3o-da-hungria>> [10 de julho de 2016].
- Engels, Friedrich y Mioranza, Ciro. *A origem da família da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Escala, s.d. p. 31-7.

Lovett, John A. “Loyalty and the Louisiana civil code: rules, standards and hybrid discretion in a mixed jurisdiction”. *Louisiana Law Review*, 2012, p.923.

Nietzsche, Friedrich. *Humano Demasiado Humano*. Brasil: Companhia de Bolso, 2005, p. 320.

ONU. Declaração Universal, 1948.

Platão. *O banquete*. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 447.

Recurso Extraordinário n.º 397.762-8/BA, STF, maio de 2016, rel. Min. Marco Aurélio.

Resende de Barros, Sergio et al. (coords.). *Direitos Humanos da Família: dos fundamentos aos operacionais*. São Paulo: Imago, 2003.



# **POLIAMOR: DA APLICABILIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS À LEGITIMIDADE JURÍDICA DAS UNIÕES MÚLTIPLAS E SEUS EFEITOS**

## **POLYAMORY: FROM APPLICABILITY OF RIGHTS AND CONSTITUTIONAL GUARANTEES TO LEGAL LEGITIMACY OF UNIONS MULTIPLE AND AND ITS EFFECTS**

Caroline Buarque Leite de Oliveira  
*Ordem dos advogados do Brasil*

**Resumen:** O trabalho tem por objetivo analisar o poliamor, para fins de reconhecimento como forma de família, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana e pautada no princípio da afetividade, baseando-se nos direitos e garantias fundamentais, e, por conseguinte sua tutela Estatal e geração de efeitos jurídicos, perfazendo-se um estudo sob a perspectiva do Direito Civil Constitucional Contemporâneo. Assim, a pesquisa traz uma análise acerca das famílias e suas evoluções, sendo abordada a incidência dos direitos fundamentais, normas, regras, princípios e valores, que norteiam a pluralidade das entidades familiares. O estudo apresentará o poliamor, seus aspectos práticos e teóricos, suas formas e características, estabelecendo-se diferenças entre as uniões múltiplas e as famílias simultâneas. Por fim, cumpre analisar os aspectos dos registros cartoriais das uniões poliafetivas, o entendimento do Judiciário, e a possibilidade de efeitos jurídicos gerados.

**Palavras-chave:** Poliamor, Afetividade, Constitucionalização do Direito Civil, Direitos fundamentais, Uniões múltiplas.

**Abstract:** The study aims to analyze polyamory, for recognition as a form of family, founded on the principle of human dignity and guided by the principle of affection, based on fundamental rights and guarantees, and therefore his State protection and generating legal effects, making a study from the perspective of Constitutional Civil Law Contemporary. Thus, the research offers an analysis about the families and their evolution, being spoked about the incidence of fundamental rights, norms, rules, principles and values that guide the plurality of family entities. The study will present polyamory, its practical and theoretical aspects, forms and characteristics, establishing differences between multiple simultaneous connections and families. Finally, it will be should analyze the aspects of notarial records poliafetivas unions, the understanding of the judiciary, and the possibility of legal effects generated.

**Keywords:** Polyamory, Affectivity, Constitutionalisation of Civil Law, Fundamental Rights, Multiple unions.

### **1. Introdução**

As transformações da humanidade influenciam a sociedade pós-moderna, de tal forma, que a importância das Ciências Jurídicas passou a ser cada vez mais fundamental, especialmente no âmbito do Direito de Família, haja vista o desenvolvimento social dá-se em torno dos arranjos familiares.

O presente trabalho foi pautado em pesquisas bibliográficas, notícias relevantes ao cenário jurídico e social, leis, doutrina, jurisprudência, revistas e artigos científicos. Sob a perspectiva de uma metodologia dedutiva, parte-se da aceção, que os direitos e garantias constitucionais, e a hermenêutica principiológica, fundamentam a possibilidade do reconhecimento das uniões múltiplas como forma de família, e, por conseguinte, a geração de efeitos jurídicos.

## **2. A família plural: os princípios estruturantes e a busca pelo direito à felicidade**

A família pós-moderna não tem as mesmas características do modelo de família patriarcal. Há que se entender que os arranjos familiares fundados na proteção patrimonial, vistos antes como sociedades de fato, devem ser totalmente abolidos do conceito de família, dando lugar a sociedade de afeto. Hodiernamente, funda-se na ideia da realização do indivíduo em busca da felicidade; é a chamada família eudemonista.

Ainda que não existam disposições normativas acerca do afeto, pode-se inferir o afeto decorrente das próprias dimensões dos direitos fundamentais. Se nos direitos de terceira geração destacavam-se a fraternidade e a solidariedade, na quinta geração, funda-se o direito à paz. Para que se haja paz, é essencial que exista afeto entre as pessoas, e um amor próprio, haja vista a personificação do ser humano.

Verifica-se que novos arranjos familiares passaram a surgir, fundados justamente em relações de afeto, solidariedade, igualdade, dignidade e liberdade. De modo que a família ganhou um contorno plural.

### **2.1 Família ou famílias**

Cumprir lembrar que através do Direito Civil é que foram destacados os direitos fundamentais e os direitos humanos, donde se originou justamente a chamada repersonalização do direito civil. Insta mencionar o entendimento do nobre jurista Canotilho acerca dos direitos da personalidade:

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade [...] Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida), à integridade moral e física, direito à

privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão) [...]¹.

Entende-se assim, que com o exercício dos direitos da personalidade, amplamente consagrados no âmbito constitucional, juntamente com a incidência dos princípios estruturantes do Direito de Família, não se permite mais espaço para família singular, sendo, portanto, correto afirmar sobre a existência de famílias.

Dessa forma, percebe-se aqui uma nova visão sobre família, sendo a mesma um núcleo central fundado em três elementos, quais sejam: a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade, caracterizando o arranjo social, compreendido em um único gênero (famílias), derivando deste várias espécies, que são determinadas de acordo com a forma de realização da dignidade pessoal de seus membros em busca da felicidade.

Adota-se, portanto, uma acepção própria acerca do conceito de famílias, seguindo-se uma hermenêutica sistemática e teleológica consoante doutrina Canotilho, no sentido de que caso haja dúvidas, deve-se adotar a interpretação que perfilhe maior eficácia aos direitos fundamentais, de tal sorte que se admite ser *numerus clausus* o rol de famílias normatizadas pelo artigo 226 da Constituição Federal². Até porque no caso de uma norma que venha a limitar direitos, não se deve fazer a interpretação do seu texto normativo de maneira restritiva.

Acrescenta-se ainda, que no conceito de famílias defendido no presente trabalho, não se faz juízo de valor; diferenciação de sexo entre os membros da entidade familiar, nem tampouco é estabelecido um número de indivíduos, de maneira que há uma liberdade para se derivar do gênero famílias as suas espécies.

## 2.2 As diversas espécies de entidades familiares

Entende-se, pois, que no futuro, surgirão novas espécies de famílias. Dessa forma, de modo não taxativo, serão abordadas as seguintes espécies de família: matrimonial, monoparental, uniões estáveis, para no capítulo seguinte, fazer a distinção entre as uniões simultâneas e as uniões múltiplas.

A família matrimonial é a família oriunda do ato solene do casamento, conforme preconiza o Livro de Família de 2002, caracterizando um negócio jurídico.

<sup>1</sup> Gschwendtner, Loacir. “Direitos Fundamentais” [em linha]. *Jus Navigandi*, 2001, 6. <<https://jus.com.br/artigos/2075>> [17 maio 2016].

<sup>2</sup> Canotilho, José. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

Em maio de 2011, o Superior Tribunal de Justiça - STJ passou a admitir que o casamento pudesse ser realizado entre pessoas do mesmo sexo.

Já a família monoparental, consoante artigo 226, § 4º da CRFB/88 é aquela formada por um dos pais e seus descendentes. Normalmente essas famílias são advindas de um divórcio ou separação, fática ou judicial, ou ainda, da morte de um dos pais.

Outra forma de família é a união estável, que se constitui em uma situação fática, não necessitando registro cível. A união estável pressupõe que sejam atendidos os requisitos do artigo 1.723 do diploma Civil, e ainda é preconizada na Lei 9.278/96, recebendo também proteção e reconhecimento na ordem constitucional.

A união estável pode ser formada por pessoas do mesmo sexo, constituindo as denominadas uniões homoafetivas, Insta ressaltar, que as uniões homoafetivas não possuem lei específica que a disciplinam, servindo a Lei Maria da Penha de suporte para o entendimento dessas relações.

Convém mencionar o antagonismo existente entre aplicar os mesmos impedimentos inerentes ao casamento às uniões estáveis. Ora, o próprio artigo 1723, §1º do Diploma Civil possibilita que uma pessoa ainda que casada, possa ser convivente em união estável, desde que esteja separada de fato ou judicialmente, ou seja, sem que tenha havido a dissolução do vínculo conjugal, o que seria fato impeditivo para novas bodas.

A lei facilita a conversão da união estável em casamento, porém, este é diferente daquela. A união estável é uma situação meramente fática, já o casamento é um negócio jurídico constituído por ato solene, que passa a gerar efeitos a partir de então. Distinção importante para entender-se o poliamor.

### **3. Entendendo o poliamor e superando a monogamia**

Há tempos que é sabido que muitas famílias, assim considerada pela sociedade e pelo Estado, possuem membros que em busca de uma realização pessoal terminam por quebrarem determinadas regras e princípios que orientam as entidades familiares, ficando longe de atenderem as características comuns inerentes às famílias, consoante ensinamentos Lôbo:

- a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem

comunhão de vida; c) convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente<sup>3</sup>.

Muitas dessas relações envolvem terceiros de boa-fé, de tal forma, que estes terminam por se relacionarem com indivíduos, que já são membros de uma determinada família, e estão impedidos de manter outro relacionamento conjugal. Em outros casos, as pessoas têm ciência do fator impeditivo, mais ainda assim, optam por manter o relacionamento às escuras.

A monogamia foi incutida na sociedade para proteger os valores morais do cristianismo e o patrimônio, na época que a mulher era submissa e dependente da figura masculina. Apesar da bigamia ser crime no Brasil, o poliamor não constitui tal tipificação penal, haja vista que não há nesses arranjos casamentos múltiplos.

É comum ouvir falar em pessoas que experimentam relacionar-se com outra do mesmo sexo, que tentam relações com mais de uma pessoa simultaneamente, ou ainda, que são adeptos ao chamado *suwing*, prática em que os casais, trocam de parceiros entre si, em nome de uma realização sexual. Essas relações são eventuais; esporádicas, e, portanto, não se pode considerá-las como espécies de famílias.

### 3.1 Definições, características e modelos de poliamorismo

Deborah Anapol ensina que o poliamor funda-se na decisão de honrar as mais diversas maneiras em que um relacionamento amoroso pode se manifestar, sendo capaz de assumir variadas formas<sup>4</sup>.

Outro conceito trazido pelo direito alienígena é o apontado por Jim Haritaworn, Chin-ju e Christian Klesse, que definem o poliamor como “uma forma de relacionamento em que é possível, válido e compensatório manter – em geral por longos períodos de no tempo – relacionamentos íntimos, sexuais e/ou amorosos com mais de uma pessoa simultaneamente”, afirmando ainda que “existem dois temas importantes no discurso do poliamor: honestidade e consenso”<sup>5</sup>.

Fica evidente que o poliamor se trata uma situação fática, de modo que há que se considerar sua existência no mundo jurídico, e conseqüentemente, sua possibilidade de gerar efeitos, conforme se estudará no capítulo seguinte.

<sup>3</sup> Lôbo, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

<sup>4</sup> Da Silva Santiago, Rafael. *Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 141.

<sup>5</sup> Da Silva Santiago, Rafael. *Poliamor e direito...*, p. 140.

Pode-se dizer que o poliamor é um arranjo social, onde há relacionamentos não eventuais, entre pessoas desimpedidas, as quais não se restringem gênero e número, fundado em um determinado vínculo afetivo, sem necessariamente haver sexo, onde seus integrantes consensualmente aprovam as uniões múltiplas entre eles, tendo em vista a busca de suas dignidades por meio de suas realizações pessoais com vistas à felicidade, constituindo um único núcleo de entidade familiar.

Ora, pela definição supracitada, adotada no presente trabalho, é fácil perceber que existem vários modelos de poliamor, porém não será objeto desse trabalho explorar sua totalidade; de modo apenas a exemplificar-se.

Pode-se imaginar, uma situação em que existe uma pessoa que mantenha um vínculo poliamorista com outra, onde exista entre eles relação sexual, e que um terceiro envolvido nesse mesmo arranjo social, embora adepto do poliamor, não mantenha relação sexual com os outros dois. Outro caso poderia ser o poliamorismo entre dois homens e duas mulheres, em que as mulheres se relacionam entre si e com os homens, afetiva e sexualmente, porém os homens somente mantem entre si um vínculo afetivo, sem haver relações sexuais. Dessa forma, se verifica que poliamorismo pode ser praticado sob diferentes óticas.

### **3.2 Uniões múltiplas e uniões simultâneas**

Entende-se como simultâneas, as uniões definidas por Letícia Ferrarini, no sentido de se considerar as fundada na afetividade com vistas à formação de uma entidade familiar, caracterizada pela estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos; e por fim, a ostentabilidade, que pressupõe uma unidade familiar que se apresente publicamente<sup>6</sup>.

Portanto, embora seja uma situação concubinária, há de que se ressaltar que a suposta concubina inserida na família simultânea, está de boa-fé, de tal sorte, que não se trata de uma pessoa que ali está para praticar um adultério, pressupondo-se que esta sequer, inicialmente, tem ciência das impossibilidades de seu companheiro. Se assim não o fosse, não se poderia considerar essa situação fática como uma união de fato, e conseqüentemente uma espécie de família, haja vista que não se atenderiam aos

---

<sup>6</sup> Ferrarini, Letícia. *Famílias Simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

elementos e princípios fundantes da família. Não se confunde com um simples adultério.

Tendo por base o poliamor, por nós já pautado e esclarecido, definir-se-á o que aqui convém assim chamar de uniões múltiplas. De maneira que se entende tratar das uniões baseadas nas relações de poliamorismo, não necessitando de registro, apresentando-se como uma situação fática, tal qual se apresentam as denominadas uniões estáveis que são disciplinadas pela Constituição Federal, fulcro no artigo 226, §3º, e, portanto, tuteladas pelo Estado.

Com efeito, na medida em que as uniões simultâneas se assemelham das uniões múltiplas no sentido de serem ambas as situações fáticas, envolvendo membros unidos por laços de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, elas se diferem no que concerne os impedimentos e quantidade de núcleos familiares existentes.

Assim, nas uniões simultâneas, ainda que a denominada concubina esteja de boa-fé, há impedimentos para a referida união, havendo, pois, a constituição de mais de um núcleo familiar, enquanto que nas uniões múltiplas, os seus integrantes tem pleno consenso do arranjo em que estão envolvidos, formando então uma entidade familiar única, não havendo, pois, traição, adultério ou sequer infidelidade.

### **3.3 Pilares principiológicos do direito de família que norteiam o poliamor**

No poliamorismo é evidente o princípio da liberdade, inclusive na forma de organização do arranjo social, além de haver solidariedade e igualdade entre seus membros, ou seja, há uma reciprocidade e não existe hierarquia entre os integrantes da relação. Fazendo-se uso do conceito aqui adotado acerca de famílias, entende-se que o poliamor também é uma espécie de entidade familiar.

De tal forma que se constata a incidência do princípio da vedação ao retrocesso no que concerne os direitos conquistados em relação às famílias, devendo, pois, o Estado proteger o que aqui se entende ser a família poliamorista e não intervir de modo a ferir princípios e direitos fundamentais dos indivíduos, sendo o poliamor uma expressão da pluralidade das entidades familiares e uma evidência da supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Poderia questionar-se a presença do elemento ostensibilidade característico das famílias, porém no caso do poliamor, há que se ressaltar que o princípio da ostensibilidade resta mitigado, em virtude da repulsa social a esse tipo de arranjo, sendo

colocado à margem da sociedade e do Estado. De tal sorte, que exibir publicamente uma relação de poliamor no Brasil, não se torna uma tarefa fácil, pois seus membros terminam por sofrer preconceito e discriminação, em virtude de valores tidos como morais, no caso a monogamia.

Ressalta-se, que independente de orientação sexual, religiosa, política ou filosófica, há que se ter respeito uns aos outros, especialmente no cerne de direitos fundamentais que estão envolvidos no poliamorismo, seja igualdade, liberdade, e mais amplamente falando-se, os próprios direitos fundamentais da personalidade, tendo em vista a repersonalização do Direito de Família, o eudemonismo presente como característica das famílias pós-modernas, e releitura do princípio da dignidade da pessoa humana, em que pese, ratifica-se o pensamento do renomado doutrinador Canotilho, no sentido de que o que é dignidade para uns não necessariamente é dignidade para todos<sup>7</sup>.

#### **4. Da possibilidade de reconhecimento e efeitos jurídicos do poliamor**

Não há na lei proteção e regulamentação para esses tipos de arranjo social. Mas, o Estado não pode se furtar em tutelar tais relações, de onde nascerão filhos e existirão companheiros e companheiras que mutuamente se relacionam. Não se pode achar que sejam gerados apenas efeitos entre as partes do poliamor; há que se ressaltar a possibilidade sim da geração de efeitos jurídicos perante o Estado e à sociedade.

Supondo-se a existência de uma família poliamorista, que seja constituída por um *trisal*, sendo duas mulheres e um homem, e que dessa relação nasça uma criança, como admitir a omissão Estatal? É legal? É justo? Tal criança então ficará sem direito à pensão por morte no caso de falecimento de seus pais? E quanto à filiação, não incidiria a multiparentalidade visível aos olhos? Os participantes então não poderão ser considerados dependentes para fins de imposto de renda? Não terão direito a auxílio creche no que tange às relações trabalhistas? São inúmeros questionamentos.

Com efeito, é inaceitável fazer com o poliamor, o que anteriormente foi feito com as uniões estáveis, que eram tratadas como uma sociedade de fato. Essa ideia já foi superada, e não há espaço hoje, dentro de uma sociedade de afeto.

É preciso respeitar as diferenças, haja vista que a própria Lei Maior, garante o direito à igualdade, seja formal ou material. A repersonalização das famílias e o

---

<sup>7</sup> Canotilho, José. *Novos problemas na teoria dos direitos fundamentais*. Realizada em sessão plenária do Tribunal de Justiça de Alagoas, 06 de maio de 2016.

eudemonismo embasam o direito à felicidade no âmbito familiar. Nesse entendimento, a Suprema Corte já decidiu que:

(...) O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (...). Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivção desse princípio no plano do direito comparado grifo nosso<sup>8</sup>.

Extrapola-se o âmbito da possibilidade da geração de efeitos, na medida em que consideramos o princípio da dignidade da pessoa humana a base de todo o ordenamento jurídico brasileiro, também inserido na ordem internacional no cerne dos direitos humanos. A realização pessoal de cada indivíduo membro é senão a realização de sua própria dignidade; do seu eu.

#### **4.1 As conquistas do direito de família nos tribunais**

Sem dúvidas os direitos conquistados pelos casais homoafetivos representam a maior expressão de justiça em busca da dignidade da pessoa humana.

Imprescindível mencionar o entendimento do Ministro Lewandowski, acerca do Direito e da Moral, o qual se faz a mesma acepção:

[...] As garantias de liberdade religiosa e do Estado laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual [...]<sup>9</sup>.

São inúmeros os princípios e direitos que fundamentaram a decisão histórica da Suprema Corte ao reconhecer a união homoafetiva como família. Um marco no que concerne não apenas a dignidade da pessoa humana, mais ainda, sua exteriorização em se tratando também de direitos humanos. Relevantes foram os princípios da igualdade, da liberdade, da pluralidade das entidades familiares, da afetividade, sem falar na consagração da busca pelo direito à felicidade. Sendo assim, pode-se dizer possível

<sup>8</sup> Brasil, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Diário de Justiça. 14.10.2011.

<sup>9</sup> Brasil, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Diário de Justiça. 14.10.2011.

pautar-se nos mesmos fundamentos para reconhecer o poliamor como união estável, por conseguinte, entidade familiar, além da geração de efeitos jurídicos.

À luz do Novo Código de Processo Civil - NCPC a chamada teoria dos precedentes ganhou força, embora o artigo 499 do mesmo Diploma, saliente que ao magistrado não cumpre apenas a tarefa de invocar precedentes ou súmulas, devendo o mesmo manter imperativo o princípio do livre convencimento motivado, fundamentando a opção em aplicar ou não, determinada súmula ou precedente.

No cerne da questão, entende-se razoável que algumas sentenças, e assim, suas partes vinculantes, abram precedentes para novos julgados. Dessa forma, uma propositura de ação pedindo o reconhecimento do poliamorismo como contorno de família e seus efeitos reflexos, poderia ser admitida e garantida às partes os direitos pleiteados, com base nos precedentes dos julgados acerca das uniões homoafetivas.

#### **4.2 Aspectos polêmicos e as recentes decisões jurídicas acerca do poliamor**

A ausência de lei, e também, a omissão do Estado-juiz em aceitar, reconhecer e tutelar o poliamor faz com que alguns brasileiros tentem buscar junto aos cartórios, uma maneira de assegurar possíveis efeitos oriundos dessas relações, e assim, garantir ainda, a sua justa realização da dignidade.

Foi em Tupã, cidade do estado de São Paulo - SP, o primeiro lugar do país a fazer um registro cartorial de uma união nos moldes do poliamorismo, no ano de 2012. Com o passar do tempo vai se tendo ciência de outros registros oficiais, em que cartórios lavram escrituras de uniões estáveis para as relações de poliamorismo.

Em virtude do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário e ainda, de ser razoável que Estado não se furte em sanar os conflitos advindos da sociedade em constante evolução, torna-se necessário criticar a decisão do CNJ, que em maio de 2016, emitiu orientação aos cartórios do país, a não lavrarem escrituras públicas de reconhecimento de uniões de poliamor, até que a matéria esteja regulamentada.

Trata-se de um verdadeiro retrocesso social. Se não há regulamentação acerca do poliamorismo no ordenamento jurídico nacional, deve-se proceder conforme ditames do artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, ou ainda, havendo a possibilidade, aplicar o disposto parágrafo único do artigo 140 do NCPC. Entende-se que não é a melhor decisão suspender os registros cartoriais de uniões de poliamor;. Partilha-se da ideia de que para ausência normativa, existem outros meios de requerer

ao Estado que edite norma regulamentadora de determinada matéria, seja via Mandado de Injunção, seja via Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a depender do caso.

Deve então o Estado, seja legislador ou juiz, amparar tais relações, de modo a protegê-las, e garantir seu reconhecimento tendo em vista a situação fática, e efeitos reflexos. Portanto, ratifica-se o entendimento inicial, que sob a égide da Lei Maior, existe incidência dos direitos e garantias constitucionais sobre as uniões múltiplas, aqui entendidas como poliamor, sendo possível a geração de efeitos jurídicos delas advindas.

## 5. Conclusão

A dignidade da pessoa humana passou a ser elemento fundante para as interpretações das leis, jurisprudências e construção de novos entendimentos do contorno familiar. A incidência de outros direitos garantidos na Carta Magna, e outros princípios, como a liberdade, igualdade, solidariedade e afeto, ganharam força, servindo de parâmetros para solucionar conflitos inerentes ao Direito de Família.

A família plural pós-moderna, chamada eudemonista, expande-se de tal forma que novos arranjos sociais emergem de sobremaneira, que muitas vezes a legislação não consegue acompanhar, ficando seus indivíduos à margem da tutela estatal. Contudo, hodiernamente não se admite ao Estado, escusar-se de garantir proteção às famílias, justificando-se a lacuna da lei, como o que ocorre atualmente com o poliamor. Cabe ao aplicador do direito a função de analisar o caso concreto, e fundamentado na interpretação constitucional, levando em consideração o princípio da intervenção mínima do Estado, e ainda, o princípio da vedação ao retrocesso, conceder direitos àqueles que buscam à Justiça.

Independem de valores morais, é imperioso destacar que as relações de poliamorismo não ferem as normas do Direito Brasileiro, haja vista, que não há no ordenamento jurídico pátrio, nenhuma vedação a esse tipo de união. De forma que, entende-se necessária urgência em tutelar tais entidades, que aqui se considera como família, sob pena de se considerar a inobservância a esses arranjos, no mínimo como injustiça.

De fato, nem sempre o que é legal é justo. Entretanto, no caso do poliamor, não há que se falar em ilegalidade; as relações de poliamorismo atendem os requisitos

necessários e caracterizadores de uma família. Fechar os olhos para uma realidade que circunda a sociedade pós-moderna é um verdadeiro retrocesso,

Importa destacar, que apesar do livre convencimento motivado, não existe o juiz neutro; eles carregam consigo valores e conceitos que consideram morais, tendo em vista que receberam educação de seus pais, e assim sucessivamente, ou seja, muitas vezes tais valores morais e costumes não norteiam mais a sociedade em seu tempo. O que leva à conclusão de que mesmo com o princípio da imparcialidade do juiz, algumas decisões podem nelas terem inculcadas valores próprios do julgador.

No caso do poliamor, há que se ter em vista o direito à felicidade, já consagrado pela Suprema Corte do país. A família agora existe para proporcionar a realização de seus membros, unidos pelo primoroso princípio da afetividade, já solidificado como estruturante do Direito de Família. Destaca-se que a dignidade da pessoa humana merece uma interpretação ampla, no sentido de que a mesma, é além de tudo, um direito humano.

Conclui-se, pois, sob a égide Lei Maior, seus princípios e objetivos de um Estado Democrático de Direito, e ainda, a aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais conferidos às famílias e seus indivíduos, que é possível o reconhecimento das uniões múltiplas de poliamor como forma de família, bem como razoável, a geração de efeitos jurídicos oriundos dessas relações, considerando-se por fim, justa toda e qualquer forma de amor.

### **Referencias Bibliográficas**

Barroso, Luiz Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Berenice, María. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Brasil. *Constituição Federal da República de 05 de outubro de 1988*. [em linha]. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> [21 maio 2016].

Canotilho, José. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

- *Novos problemas na teoria dos direitos fundamentais*. Realizada em sessão plenária do Tribunal de Justiça de Alagoas, 06 de maio de 2016.
- Cunha, Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivim, 2016.
- Da Silva Santiago, Rafael. *Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 141.
- Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro. [em linha]. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto)> [21 maio 2016].
- Dias, María y Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. São Paulo: Del Rey.
- Dias, Maria. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- *Sociedade de Afeto*. [em linha]. <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_792\)1\\_sociedade\\_de\\_afeto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_792)1_sociedade_de_afeto.pdf)> [23 maio. 2016].
- *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- Didier, Fredie; Oliveira, Rafael; Braga, Paula. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPODIVIM. 2013.
- Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- Fachin, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- Ferrarini, Letícia. *Famílias Simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- Gagliano, Pablo e Pamplona, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direitos de famílias: as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- Gschwendtner, Loacir. “Direitos Fundamentais” [em linha]. Jus Navigandi, 2001, 6. <<https://jus.com.br/artigos/2075>> [17 maio 2016].
- Jusbrasil, *Rio de Janeiro registra mais uma união poliafetiva*. IBDFAM. [em linha]. <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/321021549/rio-de-janeiro-registra-mais-uma-uniao-poliafetiva>> [29 maio. 2016].

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. [em linha]. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> [20 maio. 2016].

Lôbo, Paulo. *Direito civil: família*. São Paulo: Saraiva, 2008.

Silva, Marcos. *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 820.475/RJ. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Rel. p/Ac. Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 02 de setembro de 2008. Diário de Justiça. 02.09.2008.

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Diário de Justiça. 14.10.2011.

**EMBRIÓN ES TODO LO QUE TODOS YA SOMOS:  
LA REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA  
EN EL CONTEXTO IBÉRICO**

**EMBRYO IS EVERYTHING THAT WE ONCE WERE:  
MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION IN IBERIAN CONTEXT**

João Proença Xavier

*Abogado Investigador Doctorado por la Universidad de Salamanca*

**Resumen:** Las Leyes Española y Portuguesa de Reproducción Medicamente Asistida (RMA) no son completamente distintas, se sitúan entre las posiciones liberales norteamericanas y las posiciones más restrictivas Ítalo-Alemanas. El presente estudio tiene por objeto analizar las dos leyes en cuestión, a saber la *Ley 14/2006* y la *Lei 32/2006*, bajo una perspectiva comparada de las soluciones encontradas para los "*Temas Fuertes de la Reproducción Medicamente Asistida (en contexto Ibérico)*...".

Aquí se pretenden mostrar las soluciones aportadas por las dos legislaciones, con espíritu crítico y constructivo y, a través del análisis comparativo de los referidos textos legales, posibilitar que en el futuro puedan seguir creciendo conjuntamente. Como la perspectiva española se ve más abierta, se prevé que también en el futuro pueda ésta influenciar más profundamente la visión más conservadora presentada por la ley portuguesa.

**Palabras clave:** Ley (Española) 14/2006, Lei (Portuguesa) 32/2006, Fecundación post-muerte, Maternidad de sustitución, Embriones Sobrantes.

**Abstract:** Spanish and Portuguese Laws on Medically Assisted Reproduction (RMA) are not so different; they stand between American liberal "poses" and the more restricted positions from Italy and Germany. The present study want´s to describe bought legislative solutions, in the Spanish Law 14/2006 and in the Portuguese 32/2006 Law, with the perspective of comparing the solutions for the "Strong Themes in The Medically Assisted Reproduction (*in Iberian context*)...".

In our study, we want to show bough legal solutions from a critic and constructive point of view, through doing a comparative analysis of the texts of the laws in question, for creating the possibility for their growth together in the future. Because Spanish perspective is more opened, we can see that, also in the future, it will be influencing more profoundly the Portuguese more conservative vision.

**Keywords:** (Spanish) Law 14/2006, (Portuguese) Law 32/2006, Post –mortem fecundation, Motherhood surrogacy, Spare Embryos.

Existen dos grupos de problemas relacionados con las acciones de naturaleza investigadora, diagnóstica y terapéutica realizadas en el embrión y el feto: las acciones en sí mismas desde la perspectiva de la protección tanto del embrión como del feto, teniendo en cuenta su diversa situación; los procedimientos médicos utilizados y los resultados a que pueden dar lugar, en particular cuando se trata de la intervención en genes humanos, mediante la ingeniería genética.

El primer grupo de problemas se vincula con la salud y vida de los fetos y embriones utilizados y con las diversas manipulaciones genéticas y su conexión con su potencialidad investigadora/experimental, diagnóstica, terapéutica y reproductiva.

Pero eso no significa desconocer los nuevos desafíos que se presentan para el Derecho actual promovidos por los avances y conocimientos de la ciencia genética<sup>1</sup>.

Revisitando la problemática Ibérica de la PMA:

a través de la lectura crítica comparada de los artículos que mejor centralizan nuestra problemática en las dos leyes (con este trabajo) se pretende poner “a nudo” las diferencias bien en el texto de la Ley Española 14/2006 de 26 de Mayo y la Ley Portuguesa, Lei 32/2006 de 26 de Julio bien como su espíritu estructural, en lo que concierne al “abordage” de la Ley Española actual bajo una perspectiva de derecho comparado con la Ley Portuguesa en la problemática que pretendíamos preferencialmente estudiar y que recuerdo, que era inicialmente, la problemática de los “embriones sobrantes en las técnicas de PMA<sup>2</sup>.

Problemática que nos condujo a encontrar otros: "*Temas Fuertes de la Reproducción Medicamente Asistida (en contexto Ibérico)*..." que nos parecerán básicos en el estudio de la PMA en este contexto y que, bajo una perspectiva comparativa de las soluciones encontradas por la *Ley 14/2006* y la *Lei 32/2006* (para los temas que elegimos como integrantes de nuestra Tesis), procuramos mostrar que las soluciones aportadas por las dos legislaciones (*analizadas con espíritu crítico y constructivo y, a través del análisis comparativo de los referidos textos legales*), puedan en el futuro seguir creciendo conjuntamente.

La perspectiva española, que se ve más abierta, se prevé que también en el futuro pueda ésta influenciar más profundamente la visión más conservadora presentada por la ley portuguesa... Sin embargo, se concluye que

Las Leyes Española y Portuguesa de RMA no son completamente distintas, que se sitúan entre las posiciones liberales norte americanas y las posiciones más restrictivas Ítalo-Alemanas, y que el presente estudio tiene por objeto describir las dos leyes en

---

<sup>1</sup> A título de mero ejemplo, el Artículo de Margarida Alvarinhas, “Êxito no transplante de tecido ovárico em doente oncológica” en el *Anexo Saúde del Diário de Coimbra*, de 24 de Noviembre de 2015, donde cit.: “CHC Primeiro transplante realizado em Portugal pela equipa do Serviço de Medicina de Reprodução permite a doente oncológica reverter a menopausa e até engravidar”

<sup>2</sup> Véase el título original de la “Tesina” del autor: “Ensayo sobre la Problemática de los Embriones Excedentários en la Reproducción Medicamente Asistida”, Salamanca, 2012.

cuestión, a saber la Ley 14/2006 y la Lei 32/2006, bajo una perspectiva comparativa de las soluciones encontradas<sup>3</sup>.

Aquí destacamos algunas razones que posibilitan esta conclusión, junto con otras consideraciones sobre nuestra problemática:

En materia de Fecundación *post mortem*, el proceso legislativo en Portugal, anterior a la nueva Ley de PMA Portuguesa, la Lei 32/2006 de 26 de Julio, conoció un sentido semejante al ordenamiento actual español: Decreto nº 415/VII, la norma portuguesa, aprobada por la Asamblea de la República Portuguesa en Julio de 1999 (y que fue después vetada por el Presidente Portugués), en su Artículo nº 18º nº1, aceptaba la inseminación *post mortem*, en el caso de tenerse consentimiento expreso del marido o compañero y fuera realizada en los tres meses siguientes al óbito de éste.

Mientras en el camino del ordenamiento Portugués atrás descrito, esta opción legislativa no fue la adoptada en Portugal, donde el Artículo 22º nº1 de la Ley Portuguesa de PMA, (la Lei 32/2006), no permite la inseminación artificial *post mortem*.

Al revés, España (con su Nueva Ley de PMA Ley 14/2006) está entre aquellos que aceptan la admisibilidad del procedimiento, pero condicionan la atribución de derechos sucesorios a determinados requisitos, a saber, cumplimiento de determinados plazos y el expreso consentimiento previo del fallecido.

La Ley Española de PMA (Ley 14/2006), ateniéndonos a su Artículo 9 apartado 2, dispone que el marido podrá prestar su consentimiento, (referido al Artículo 6.3), por documento, en su caso -escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas-, para que su material genético pueda ser usado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer.

El ordenamiento Portugués, en el Artículo 22º nº3 de la ley Portuguesa de PMA, la Lei 32/2006 de 26 de julio, autorizó la transferencia *post mortem* de embriones (ya formados), permitiendo la realización de un “proyecto parental” claramente pre-escrito antes del fallecimiento del “de cuius”..., pero, por cierto, se olvidó del ejemplo

---

<sup>3</sup> Para el análisis de los "Temas Fuertes de la Reproducción Medicamente Asistida (en contexto Ibérico)...", véase: Título Original de la Tesis Doctoral.

No existen fuentes en el documento actual. Tesis del Autor - Temas Fuertes de la Reproducción Medicamente Asistida (en contexto Ibérico): Análisis comparativo de la Ley Española 14/2006 y la Ley Portuguesa 32/2006. Usal, Salamanca, 2016.

español, cuando determinó que el consentimiento sea simplemente escrito antes del fallecimiento “del padre”, “decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão”.

Aquí, la Ley Portuguesa debería, (en nuestra opinión) y teniendo en cuenta el Artículo 9 apartado 2 de la actual Ley Española, Ley 14/2006 de mayo, determinar antes que el marido podrá prestar su consentimiento expreso, por: documento, en escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas para que su material genético pueda ser usado..., como en el modelo español.

Además hay que hacer otra crítica a la Ley Portuguesa de PMA, que no apunta una fecha temporal para que el embrión pueda ser transferido al útero de la viuda o compañera después de la muerte del marido o compañero, al contrario de lo que hace la Ley Española de PMA, que determina que pueda realizarse en los 12 meses siguientes al fallecimiento del marido... (periodo más alargado que los 6 meses contemplados por la Ley Española anterior, puesto que era manifiestamente un plazo muy corto, incluso para hacer el luto por la muerte del marido y tomar una decisión de tan gran importancia).

Por su parte, en materia de Maternidad de Substitución: la Ley Portuguesa de PMA, la Lei 32/2006 en su Artículo 8º, reputa como nulos los negocios jurídicos, gratuitos u onerosos, que tengan por base la maternidad de sustitución, teniéndose la “madre gestacional”, para todos los efectos, como la madre de la criatura que va a nacer... Con sorpresa verificamos que, también es el caso de la Nueva Ley de PMA española, la Ley 14/2006 de 27 de mayo que a pesar de “ser considerada una de las regulaciones de PMA más liberal” replica en su Artículo 10 la prohibición de la práctica de la maternidad de sustitución y, como en el modelo portugués, reputa también de nulos los contratos que la establecen. (Lo que ya sucedía, en el Artículo 10º de la anterior Ley 35/88 de 22 de Noviembre).

En materia de la Filiación, la ley española (Ley 14/2006) recusa por regla la utilización del material genético del fallecido marido o compañero por la mujer, negando la filiación “al niño” que venga a nacer contra esta disposición legal (art. ° 9 n°1) (cuando el material reproductor del marido no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón), pero ya acepta la hipótesis confiriéndole efectos “paterno-filiales” si el fallecido se hubiera manifestado favorablemente en documento revocable hasta la fecha de realización de la técnica (art. ° 9 n. ° 2).

Ya en la Ley Portuguesa (Lei 32/2006): Artigo 23.º (Paternidade), - es tenido como hijo del fallecido el niño que naciere de la inseminación ocurrida “contra-*legem*” en conformidad con lo dispuesto en el Artículo 23.º nº1 de la Lei 32/2006.

Pero según el Artículo 23.º nº 2 de la misma ley, la filiación no se reconocerá, si a la fecha de la inseminación, la mujer del “*de cuius*” ya estuviera casada o unida de hecho (2 años) con otro hombre... (*que, nos termos do artigo 14.º, dê o seu consentimento a tal acto, caso em que se aplica o disposto no n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil*).

Pero varias cuestiones que se suscitan, todas son dejadas (en nuestra opinión) sin respuesta “adecuada” en las dos Leyes: ¿Cómo determinar la filiación legal cuando el fallecido se haya previamente manifestado negativamente ante la utilización de su material genético después de su muerte...? ¿*Quid iuris* PMA Portuguesa vs PMA Española? ¿En el caso portugués, cómo hacer, cuando el nuevo marido o compañero de la viuda no dé su consentimiento a la fecundación...? ¿La falta de consentimiento del nuevo marido o compañero implica la determinación de la paternidad del fallecido...? ¿Y al final, la falta de consentimiento del fallecido por un lado y la falta de consentimiento del actual marido/compañero por otro, implican que al hijo se quede sin padre...?

Una nota en materia de Maternidad, lo “dicto” Portugués: “Hijos de mis hijas mis nietos serán...Hijos de mis hijos lo serán... o no...!” ha perdido cierto sentido, en el universo PMA tanto en Portugal como en España: donde ahora podemos invocar la superación de la clásica máxima de maternidad estrictamente biológica - *mater semper certa est* y su sustitución por una multitud de posibilidades, a saber: la “madre donante del ovocito” en la donación..., la “madre gestante” en la maternidad de subrogación, la “madre reclamante” de contrato de maternidad de sustitución, normalmente la esposa o compañera de varón/padre, la “madre viuda” en la fecundación *post mortem*, la “madre sola” en la fecundación con semen/ovocitos de donantes, la “madre adoptante” en la adopción, la “madre adoptiva” en el apadrinamiento, la/s “madre/madres conyúgale/s”...

La Ley Portuguesa (Lei 32/2006) en su Artículo nº 24 no determina un número específico de embriones por transferencia en la fertilización *in vitro*, dice que el número será el necesario para el éxito del proceso y deja al juicio de los médicos y a la buena práctica médica esta decisión. Considero ajustada esta solución y más liberal que la solución española actual (Ley 14/2006), que determina en el Artículo 3 nº 2 que, en la

fecundación *in vitro*, solo se autoriza la transferencia de un máximo de 3 embriones en cada ciclo reproductivo. Mientras, en nuestra opinión, bajo el punto de vista del mayor éxito de las técnicas, la solución portuguesa es la más liberal, y será más probable que el ordenamiento portugués pueda absorber la orientación española actual en el futuro que el ordenamiento español pueda regresar a su Ley de PMA de los años ochenta. Pero se deja aquí un apunte a la orientación española actual, que determina el número de 3 embriones a transferir in la FIV pero se olvida (peligrosamente) de determinar el número máximo de embriones a crear.

La Ley Portuguesa (Lei 32/2006) en su Artículo nº 25 determina que los embriones “sobrantes” deben ser criopreservados, y que los beneficiarios tienen hasta 3 años para utilizarlos o serán donados a otro caso infértil, con el consentimiento de los beneficiarios “originales” o del que haya sobrevivido en los términos del nº 2 del mismo artículo. El problema se plantea cuando los beneficiarios no dan su consentimiento, y aquí, ¿qué hacer? *Quid iuris?* Una nueva reforma debe abordar el problema. *Qui çá* la solución Española del Artículo 11 nº 3 puede incorporar la legislación Portuguesa. En España los embriones sobrantes de las técnicas FIV que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo, podrán ser criopreservados en bancos autorizados por ello. También en España, la criopreservación de los preembriones sobrantes, se podrá prolongar hasta el momento en que se considere, por los responsables médicos..., que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de PMA. Otra solución sería determinar una fecha de edad que con seguridad determine que la mujer no pueda ya quedarse embarazada sin riesgo de complicaciones graves.

En la Ley Española (Ley 14/2006) en su Artículo 11 nº 5, se determina sobre esta misma problemática que, en caso de los preembriones, el consentimiento deberá ser dado por la mujer, o en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones, el problema que se plantea es saber si el compañero en una pareja de hecho tiene o no que dar su consentimiento previo también. *Quid iuris?* ¡Consideramos que sí!

Otro problema será ya saber si la mujer estuviera casada con una mujer, como ya es posible en Portugal y en España, ¿hasta que tiempo podrá esta donar su consentimiento previo? *Quid iuris?*

Cabría también sustituir el concepto de marido por el de cónyuge como apunta Vera Lúcia Raposo, citada en alguna de las páginas de su Tesis Doctoral...

La Ley Portuguesa (Lei 32/2006) en su Artículo 6º nº 1 determina que solo podrán ser beneficiarios de las técnicas personas casadas que no están separadas, que sean de sexo diferente, o vivan en pareja de hecho hasta por lo menos 2 años. ¿Cómo hacer en esta materia, una vez que desde 2010 el matrimonio de personas de sexo diferente es posible en Portugal? España no tiene ese problema porque en el Artículo 6º nº 1 (de la Ley 32/2006) establece que las técnicas son para la mujer, sea homosexual, sea heterosexual, sea “sola/*solteira*” o no casada, se dice hasta que podrá ser destinataria de las técnicas independientemente “de su estado civil y orientación sexual”... *Qui çá* la Ley Portuguesa deba decir lo mismo en el futuro y evitar contradicciones con la Ley 9/2010 de 31 de mayo que determina el matrimonio de personas del mismo sexo en Portugal.

De cualquier forma la Ley Portuguesa (Lei 32/2006) en su Artículo 4º ya determina que las técnicas de PMA son un método subsidiario y no alternativo de procreación, solo pudiendo verificarse mediante diagnóstico de infertilidad, o justificando su utilización para tratamiento de enfermedad grave o riesgo de enfermedades de origen genético, infeccioso y otras. De modo diferente la Ley Española (14/2006) en su Artículo 6 no determina que la infertilidad es obligatoria para el acceso a las técnicas, abriendo un abanico de posibilidades con vista a la determinación del acceso a la PMA como un medio alternativo de reproducción, visión mucho más liberal que la Portuguesa, y que posibilita incluso el acceso a la PMA a la mujer sola, lo que me parece un avance gigantesco de liberalidad sabiendo la influencia histórica de la religión y de la iglesia (defensora de posiciones normalmente mucho más restrictivas) en el contexto ibérico.

La Ley Portuguesa (Lei 32/2006) en su Artículo 9º determina por principio la prohibición de la creación de “embriones sobrantes” con objetivo de utilización en la investigación, pero autoriza la investigación en embriones con ciertas condiciones. Para la investigación científica, la Ley Portuguesa solo autoriza la utilización de embriones sobrantes criopreservados, sin proyecto parental, embriones de los que no se permite la criopreservación o transferencia con fines reproductivos, embriones que sean portadores de anomalía genética grave en el cuadro del diagnóstico genético preimplantatorio, embriones sin recurso a la fecundación por espermatozoide y de los que se tiene consentimiento previo, expreso e informado de los destinatarios para su utilización cuando eso sea necesario. También la Ley Española (Ley 32/2006) en su Artículo 15º autoriza la investigación, pero también con condiciones un poco distintas de la

portuguesa: prohíbe la transferencia al útero de la mujer de los embriones usados en la investigación como la portuguesa, obliga a la autorización escrita de la mujer o pareja para su utilización, obliga a la aprobación de proyecto de investigación por el Estado, a la implementación del proyecto por centro autorizado y, otro requisito muy distinto de la Ley Portuguesa, que el embrión no se haya desarrollado *in vitro*, más allá de 14 días después de la fecundación del ovocito, descontando el tiempo en que pueda haber estado criopreservado. Por lo tanto, y a pesar de que tanto Portugal como España defendieron la no creación de embriones para fines específicos de investigación, en Portugal la violación de estas normas es considerado crimen y sancionada en el Artículo 40º de la Ley Portuguesa de PMA, pero en España la misma conducta es considerada infracción administrativa en la Ley de PMA.

En las dos Leyes (Portuguesa: Artículos 15º y 18º y Española Artículo 5º) el proceso de donación de gametos es semejante, siendo su carácter irrevocable, gratuito y secreto de gran importancia. Pero en la Ley Española, a pesar de ser gratuito, el proceso admite compensación (excepción) (Artículo 3º). Pero en los dos se defiende el principio internacional de que la donación no puede ser hecha con fines lucrativos.

También en las dos legislaciones se defiende que la criopreservación de los embriones no podrá permanecer indefinidamente y, llegado un plazo, los embriones tienen que ser destruidos, pero ni la Ley Portuguesa ni la Española determinan una fecha máxima (en el texto de la Ley) para su congelación antes de la posible destrucción, como hacen algunos países, (el plazo máximo más común para la criopreservación es de 10 años). En nuestra opinión, independientemente de la fecha utilizada para su destrucción, los embriones deberían ser utilizados preferentemente en la investigación antes del fin. Éticamente consideramos mucho más defendible su utilización en la investigación que su destrucción sin más...

De todos los problemas que analizamos en este estudio y de las diferencias entre las dos legislaciones ibéricas de la PMA, uno de los más interesantes fue la limitación existente en la Ley Española (Ley 32/2006) en su Artículo 5 nº 7, donde se indica que: “el número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis”. Así, cuando el número de hijos supera el límite establecido, la legislación española de la PMA determina la destrucción de las muestras procedentes de ese donante. Aquí se ve una de las más importantes diferencias entre la Ley Española y Portuguesa de la PMA. Al contrario de la Ley Española, la Ley Portuguesa no establece limitaciones al número

de utilizaciones de los gametos de cada donante, ni establece un número máximo autorizado de hijos nacidos en Portugal generados con gametos de un mismo donante. España establece que este número sea no superior a seis, considero que en Portugal se debería al menos pensar en el mismo número en una futura reforma, incluso porque en un país como Portugal con 10 millones de habitantes, la donación “salvaje” sin limitación de hijos a generar podrá causar largos problemas económicos y genéticos en futuras generaciones...

Por fin, una de las razones por la cual se espera que pueda haber nuevas propuestas legislativas en esta materia, tanto en España como en Portugal, es el hecho de que éstas han sido aprobadas por Gobiernos distintos de los partidos que están ahora en el Gobierno, que ya manifestaban diferencias políticas y posiciones distintas en el proyecto de concepción de las dos Leyes en el pasado.

En síntesis, aquí se han pretendido mostrar las soluciones utilizados por las dos legislaciones en vigor, con espíritu crítico y constructivo, y a través del análisis comparativo de los referidos textos legales posibilitar que en el futuro puedan seguir creciendo conjuntamente.

Como la perspectiva española se presenta más abierta, se prevé que también en el futuro ésta influenciará más profundamente la visión más conservadora presentada por la ley portuguesa.

Todo ello sabiendo que cualquier reforma de las Leyes de la PMA a cualquier nivel, tiene siempre que ser orientada por los valores esenciales del respeto por la dignidad humana y por los Derechos Humanos.

Termino citando la frase de portada de Marques dos Santos, en su trabajo de investigación, no publicado: “A Decisão Médica em Cuidados Intensivos – Uma Análise à Luz da Filosofia dos Valores” presentada en el ámbito del Curso de Maestría en Bioética en la Facultad de Medicina de la Universidad de Lisboa (2008):

“Os valores são as referências indispensáveis, inferidas pelo homem, a partir da experiência da sua incontornável finitude.” Jean Nabert

### **Referencias Bibliográficas**

Abellán, F. y Caro, J.S. *Bioética y Ley en reproducción humana asistida: Manual de Casos Clínicos*, Granada, Comares, 2009.

- Alkorta Idiákez, I. *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: derecho español y comparado*, Navarra, Aranzadi, 2003.
- Arroyo |Amayuelas, Esther. “Interpretación de testamento contraria a los Derechos Humanos”. *Derecho Privado y Constitución*, 2004, 18, pp. 7 -87.
- Ara Pinilla, I. *Las Transformaciones de los Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1994.
- Assembleia da República Portuguesa. “Questões de Bioética”. En *Colecção Temas 1*, Procriação Medicamente Assistida, Utilização do Embrião, 1992, Vol. II.
- Barbas, S. Marcos Neves. “Aspectos Jurídicos da Inseminação artificial “post mortem””. En *Colectânea de Jurisprudência*, 1999, tomo II, 7º, pp. 21 – 24.
- Barbas, S. Marcos Neves. “Da problemática jurídica dos embriões excedentários”. En *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2000, Jan/Jun., pp. 103 – 113.
- Barbas, S. Marcos Neves. *Direito ao Património Genético*. Coimbra, Almedina, 2006.
- Cárcaba Fernández, M. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona, J.M. Bosch, 1995.
- Coelho, Pereira y Oliveira, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, Vol. I (3ª ed.), Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- Conseil de L’Europe. “Le Droit au Respect de la Vie Privée et Familiale”. *Dossier sur les Droit de L’Homme*, 7, Strasbourg, 1985.
- Díaz, Martínez A. *Régimen de la reproducción asistida en España: El proceso legal de reformas*. Madrid, Dykinson S.L., 2006.
- Goday Vázquez, M. Olaya. *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*. Madrid, Dykinson S.L, 2014.
- Gomes Cobacho, José António. *Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Madrid, Thomson Aranzadi, 2007.
- Hidalgo Ordás, M.C. *Análisis jurídico – científico del concebido artificialmente: En el marco del experimentación génica*. Barcelona, Bosch, 2002.
- 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.

- Lledó Yague, F. y Ochoa Marieta, C. y Monje Balmaseda, O. *Comentarios científico – jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Ley 14/2006 de 26 de Mayo*. Madrid, Dykinson, 2007.
- Mota Pinto, Paulo. “Indeminização em caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)”. En *Lex Medicinæ*, 4, 7, 2007.
- Oliveira, Guilherme de. “Um Caso de Selecção de Embriões”. En *Lex Medicinæ*, 1, 2004.
- Oliveira, Guilherme de, “Beneficiários da Procriação Assistida”. En *Temas de direito da medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 31 – 58.
- Pérez Luño, A.E. *La Tercera Generación de Derechos Humanos*. Navarra, Aranzadi, 2006.
- Raposo, Vera Lúcia. *O direito á Imortalidade – O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra, Almedina, 2014.
- Romeo Casabona, C., (Ed.). “La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica. Consideraciones de política legislativa”. En *Revista Derecho y Genoma Humano*, 24, enero/julio 2006, pp. 75 y ss.
- Serrão, D. *Livro Branco - Uso de Embriões Humanos em Investigação Científica*. Lisboa, Ministério da Ciência e do Ensino Superior, 2003.
- Vale e Reis, R. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- Vale e Reis, R. “Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – Criminalização do Recurso à Maternidade de Substituição e Outras Soluções Criminalmente Duvidosas”. En *Lex Medicinæ*, 7, 13, 2010.
- Proença Xavier, João. *Ensayo sobre la Problemática de los Embriones Excedentarios en la Reproducción Medicamente Asistida*. Tesina Doctorado *Pasado y Presente de Los Derechos Humanos*, Salamanca, 2012.

## **Legislación**

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) [em

linha] Oviedo, 4 de abril de 1997.  
<<http://www.boe.es/boe/dias/1999/10/20/pdfs/A36825-36830.pdf>> [30  
diciembre 2015].

Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida, Lei 32/2006 de 26 de Julho  
fdunl.pt, [em linha]  
<[http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/tpb\\_MA\\_4022.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf)> [30 diciembre  
2015]. (Versão actualizada Lei 59/2007 de 4 de Setembro onde o Artigo 4.º da  
Lei nº59/2007 de 04 de Setembro - Aditamento à Lei n.º 32/2006, de 26 de  
Julho),  
<[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=930A0004  
&nid=930&tabela=lei\\_velhas&pagina=1&ficha=1&nversao=1](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=930A0004&nid=930&tabela=lei_velhas&pagina=1&ficha=1&nversao=1)> [30 diciembre  
2015].

Ley Española de Procreación Medicamente Assistida, Ley 14/2006 de 26 de Mayo, [em  
linha] (versión incluida en la Tesis del Autor). <<http://www.bioeticaweb.com>>  
[30 diciembre 2015]. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de  
reproducción humana asistida.

Jefatura del Estado «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006. Referencia: BOE-A-  
2006-9292 Texto Consolidado - Última modificación: 14 de julio de 2015).  
[em linha] <[http://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-  
consolidado.pdf](http://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf)> [30 diciembre 2015].

# GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO – DIREITOS OU DEVERES ADQUIRIDOS DAS MULHERES?

## GESTATIONAL SURROGACY - WOMEN'S RIGHTS OR WOMEN'S DUTIES?

Helena Ferreira  
Aline Ferreira  
*Universidade de Aveiro*

**Resumo:** Neste artigo aborda-se a Lei de gestação de substituição que entra em vigor em Setembro deste ano, em Portugal. Apresenta-se a proposta criada pelo Bloco de Esquerda, bem como as tomadas de posição dos restantes partidos políticos, de órgãos consultivos independentes e das Associações de defesa dos direitos humanos. Tendo sempre presentes os direitos fundamentais da mulher, discutem-se ainda as consequências desta técnica de reprodução na vida das mulheres portuguesas. Este trabalho tem a pretensão de contribuir para a compreensão e aprofundamento de conhecimentos sobre a gestação de substituição numa Europa que tem como bandeira a defesa dos Direitos Humanos e que pretende eliminar a discriminação e violência contra as mulheres e crianças.

**Palavras chave:** Gestação de substituição, Portugal, Mulher, Direitos, Deveres

**Abstract:** This paper discusses the law of gestational surrogacy, which comes into force in September of the current year, in Portugal. It presents the proposal created by Bloco de Esquerda, as well as the positions of other political parties, independent advisory entities and Human Rights Associations. Always keeping in mind the women's fundamental rights, it is still discussing the consequences of this reproductive technology in the Portuguese women's lives.

This work intends to contribute to the understanding and increase knowledge about gestational surrogacy in Europe engaged in the defence of human rights that wants to eliminate all forms of discrimination and violence against women and children.

**Keywords:** Gestational surrogacy, Portugal, Woman, Rights, Duties

### 1. Nota Introdutória

O tema da gestação de substituição encontra-se na ordem do dia a nível global. Em Portugal, acabaram de ser aprovadas pela Assembleia da República propostas que permitem o acesso a esta técnica de reprodução nos casos excepcionais em que a beneficiária não consiga conceber uma gravidez, de forma absoluta e definitiva. Apesar deste acordo legal não contemplar qualquer pagamento ou doação à gestante, várias entidades revelaram sérias preocupações sobre a defesa dos direitos da gestante e da criança a nascer. Se por um lado, os defensores da gestação de substituição argumentam que esta é uma prática necessária que possibilita o acesso à maternidade

a todas as mulheres, por outro, os seus opositores defendem que é um atentado aos direitos fundamentais da mulher.

Neste trabalho começamos por apresentar a proposta de lei aprovada na Assembleia da República Portuguesa, bem como a posição defendida por todas as instituições ouvidas nesta matéria. De seguida abordamos, muito brevemente, as orientações definidas por outros países no que concerne à gestação de substituição. Finalmente, discutimos se esta técnica de reprodução se pode incluir nos direitos ou deveres/obrigações das mulheres, definindo claramente quem são as suas beneficiárias e quais as possíveis consequências desta legislação na vida das mulheres portuguesas.

Apesar da lei de gestação de substituição afectar também os direitos das crianças a nascer, não vamos explorar esse ponto, que poderá ser matéria de um próximo trabalho. No que se segue, focamo-nos essencialmente nos direitos fundamentais das mulheres.

## **2. Gestação de substituição**

Barriga de aluguer, maternidade de substituição ou gestação de substituição são os termos utilizados para definir “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”<sup>1</sup>.

O termo “barriga de aluguer” tornou-se obsoleto em Portugal e noutros países, na medida em que a legislação defende que este acto é altruísta, não podendo existir nenhuma compensação monetária envolvida no contrato.

### **2.1. Legislação em Portugal**

Apesar da questão da gestação de substituição já se discutir em Portugal pelo menos desde 2012, só agora, em Maio deste ano é que foi apresentada no Parlamento Português, através de uma iniciativa do Bloco de Esquerda (BE) que propôs alterações ao regime da Procriação Medicamente Assistida (PMA) incluindo a gestação de substituição.

---

<sup>1</sup> Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda. “Projeto de Lei n.º 183/XIII/1.” [online]. *Esquerda. Net*, 13 de maio de 2016. <[http://www.esquerda.net/sites/default/files/pl\\_gestacao\\_de\\_substituicao.pdf](http://www.esquerda.net/sites/default/files/pl_gestacao_de_substituicao.pdf)> [12 agosto 2016].

Esta proposta define que só é possível às mulheres recorrerem à gestação de substituição “nos casos de ausência de útero, de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez”<sup>2</sup>, ou em situações clínicas que o justifiquem. No recurso à gestação de substituição “é proibido qualquer tipo de pagamento ou doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança”<sup>3</sup> e para evitar formas de pagamento encobertas, o diploma estabelece que não se permitem celebrações de contratos entre aqueles que mantêm uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços.

Apesar da não comercialização de úteros e crianças estar razoavelmente assegurada, as opiniões relativas a esta matéria dividem-se. Se por um lado o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) defende a proposta da gestação de substituição, alegando que cumpre todas as sugestões que foram apresentadas pelo Conselho nos seus sucessivos relatórios<sup>4</sup>, por outro, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) refere que não se encontram devidamente salvaguardados os direitos da mulher gestante e da criança a nascer<sup>5</sup>.

Mesmo assim, no dia 13 de Maio, esta proposta foi aprovada na Assembleia da República com os votos favoráveis do Partido Socialista (PS), Bloco de Esquerda (BE), Partido Ecologista Os Verdes (PEV), Pessoas-Animais-Natureza (PAN) e com vinte e quatro votos do Partido Social Democrata (PSD). Houve três abstenções na bancada do PSD e dois votos contra na do PS. O Partido do Centro Democrático Social (CDS) e o Partido Comunista Português (PCP) votaram contra<sup>6</sup>. O PCP, na sua declaração de voto afirma que como esta técnica de procriação medicamente assistida impõe que uma terceira pessoa participe de forma activa e directa, os seus impactos

---

<sup>2</sup> Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda. “Projeto de Lei n.º 183/XIII/1.” [online]. *Esquerda. Net*, 13 de maio de 2016. [http://www.esquerda.net/sites/default/files/pl\\_gestacao\\_de\\_substituicao.pdf](http://www.esquerda.net/sites/default/files/pl_gestacao_de_substituicao.pdf) [12 agosto 2016].

<sup>3</sup> *Ibidem*, [online].

<sup>4</sup> CNPMA. “Parecer da Análise das Propostas de alteração à Lei n.º 32/2006” [online]. *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*, 11 de março de 2016. [http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA\\_Parecer\[6-29-36-51-XIII\].pdf](http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA_Parecer[6-29-36-51-XIII].pdf) [10 agosto 2016].

<sup>5</sup> CNECV. “Relatório e Parecer 87/CNECV/2016” [online]. *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*, 11 de março de 2016. [http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756\\_P%20CNECV%2087\\_2016\\_PMA%20GDS.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf) [10 agosto 2016].

<sup>6</sup> s.a.. “Bloco faz aprovar gestação de substituição no Parlamento” [online]. *Esquerda. Net*, 13 de maio de 2016. <http://www.esquerda.net/artigo/bloco-faz-aprovar-gestacao-de-substituicao-no-parlamento/42760> [12 agosto 2016].

terão que ser devidamente avaliados e ponderados e defende que o parecer do CNECV revela sérias preocupações relativamente ao facto desta proposta não conter referências à protecção da criança<sup>7</sup>. Por sua vez, o CDS declara que o diploma tem muitas imperfeições<sup>8</sup>.

Apesar desta aprovação, o presidente da República vetou o documento, baseando-se no parecer do Conselho Nacional de Ética e para as Ciências da Vida que apresentava dúvidas de carácter legal e ético<sup>9</sup>.

Assim, no dia 20 de Julho deste ano, o BE apresentou a proposta rectificada que foi aprovada no Parlamento, com os votos a favor do BE, PAN, PEV, PS (com dois votos contra) e ainda com vinte votos favoráveis do PSD. O CDS e o PCP continuaram a votar contra. No PSD houve ainda oito abstenções e os restantes votos foram contra. Nas alterações introduzidas à proposta, o BE incluiu, entre outras questões, as disposições relativas à decisão de abortar em caso de risco de vida para a gestante ou em casos de malformação do feto, bem como da interdição da gestante de substituição ser a dadora de qualquer ovócito usado no procedimento em que participa<sup>10</sup>.

O CDS e o PCP consideram que, mesmo depois destas alterações, existem algumas questões que não se encontram devidamente enquadradas do ponto de vista legal e ético e o CDS quer mesmo que o Tribunal de Contas se pronuncie sobre esta matéria, que segundo o seu critério não acautela o direito constitucional da criança de ter conhecimento da sua identidade genética<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> PCP. “Declaração de voto Projecto de Lei Gestação de Substituição” [online]. *Partido Comunista Português*, 13 de maio de 2016. <http://www.pcp.pt/projeto-de-lei-gestacao-de-substituicao> [10 agosto 2016].

<sup>8</sup> Grupo Parlamentar do CDS-PP. “Diploma da gestação de substituição tem muitas imperfeições” [online]. *CDS-PP Grupo Parlamentar*, 20 de julho de 2016. [http://www.cds.parlamento.pt/gp/index.php?option=com\\_content&view=article&id=15166:diploma-da-gestacao-de-substituicao-tem-muitas-imperfeicoes&catid=59:geral&Itemid=64](http://www.cds.parlamento.pt/gp/index.php?option=com_content&view=article&id=15166:diploma-da-gestacao-de-substituicao-tem-muitas-imperfeicoes&catid=59:geral&Itemid=64) [11 agosto 2016].

<sup>9</sup> Rebelo de Sousa, Marcelo. “Presidente da República, com base nos pareceres no Conselho Nacional de Ética e para as Ciências da Vida, veta diploma sobre gestação de substituição” [online]. *Presidência da República Portuguesa*, 7 de junho de 2016. <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=108689> [10 agosto 2016].

<sup>10</sup> s.a.. “Bloco apresenta nova proposta sobre gestação de substituição” [online]. *Esquerda.Net*, 14 de julho de 2016. [http://www.esquerda.net/artigo/bloco-apresenta-nova-proposta-sobre-gestacao-de-substituicao/43681?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](http://www.esquerda.net/artigo/bloco-apresenta-nova-proposta-sobre-gestacao-de-substituicao/43681?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook) [12 agosto 2016].

<sup>11</sup> s.a.. “CDS quer que TC se pronuncie sobre gestação de substituição” [online]. *Expresso*, 1 de agosto de 2016. <http://expresso.sapo.pt/politica/2016-08-01-CDS-quer-que-TC-se-pronuncie-sobre-gestacao-de-substituicao> [10 agosto 2016].

O Presidente da República, no entanto, promulgou o decreto reformulado<sup>12</sup>, que entrará em vigor em Setembro deste ano, embora a aplicação da técnica aguarde regulamentação que só deverá estar disponível no próximo ano<sup>13</sup>.

Considerou-se pertinente efectuar todo este relato, para tornar compreensível o quanto este assunto é complexo e problemático, mesmo quando existe vontade de o discutir e legislar. Como se pode verificar, no espaço de um mês, houve deputados que alteraram o seu voto, demonstrando que possuíam poucas certezas sobre o assunto. Verificou-se ainda que uma parte da direita portuguesa se uniu à esquerda para aprovar esta lei, apesar de um partido da direita e outro da esquerda terem votado massivamente contra. Como muito bem questiona a Plataforma Portuguesa para os Direitos das Mulheres, estará o índice de natalidade no centro das preocupações dos partidos, e procuram por isso práticas de reprodução socialmente e economicamente aceitáveis<sup>14</sup>? Ou, será mais uma expressão do patriarcado que não quer perder terreno face aos progressos dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e quer, a todo o custo, manter o comando sobre o seu corpo, ignorando deliberadamente que as gravidezes têm consequências no corpo das mulheres gestantes? Questões que ficam em aberto e que merecem uma séria reflexão.

## 2.2. Pelo Mundo

Na Europa, até ao presente, apenas dois países dispõem de legislação específica para a gestação de substituição: a Grécia e o Reino Unido. A Grécia é o país da União Europeia que tem a legislação mais completa sobre o assunto. Para que se dê início ao processo, é necessário solicitar uma autorização especial e apresenta um enquadramento jurídico claro sobre os direitos da gestante e da contratante<sup>15</sup>. No Reino Unido, a gestação de substituição é permitida só a residentes e a gestante não

---

<sup>12</sup> s.a.. “Presidente da República promulga decreto reformulado sobre gestação de substituição” [online]. *Presidência da República Portuguesa*, 30 de Julho de 2016. <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=112417> [10 agosto 2016].

<sup>13</sup> s.a.. “Gestação de substituição em vigor em Setembro” [online]. *Jornal de Notícias*, 22 de agosto de 2016. <http://www.jn.pt/nacional/interior/gestacao-de-substituicao-em-vigor-em-setembro-5350697.html> [23 agosto 2016].

<sup>14</sup> PpDM. “PMA e gestação de substituição e quando a direita e a esquerda partidárias se unem pelos direitos das mulheres” [online]. *Plataforma Portuguesa para os Direitos das Mulheres*, 14 de maio de 2016. <http://plataformamulheres.org.pt/pma-e-gestacao-de-substituicao-e-quando-a-direita-e-a-esquerda-partidarias-se-unem-pelos-direitos-das-mulheres/> [10 agosto 2016].

<sup>15</sup> Coelho, Paulino. “Barrigas de aluguer. O que são? E o que está em causa?” [online]. *Rádio Renascença*, 19 de julho de 2014. [http://rr.sapo.pt/informacao\\_detalle.aspx?did=152793](http://rr.sapo.pt/informacao_detalle.aspx?did=152793) [31 julho 2016].

sofre qualquer penalização, caso decida não entregar a criança a quem a contratou<sup>16</sup>. Em ambos os países é um acto altruísta. Na Bélgica não existe legislação, mas esta técnica pode ocorrer, uma vez que a lei se rege pelo Código Civil. O direito de filiação pertence à gestante, mas a beneficiária pode adoptar a criança posteriormente<sup>17</sup>. Na Itália, Suíça, Espanha, Alemanha e França, a gestação de substituição é proibida<sup>18</sup>. Na Rússia e na Ucrânia, os contratos são onerosos<sup>19</sup>.

A nível mundial, as regras mudam. Nos Estados Unidos depende dos Estados, em alguns, este serviço é prestado pelas clínicas de tratamento de fertilidade, mediante pagamento que pode chegar a cem mil euros. Na Índia, este é um dos mercados mais conhecido e os seus valores rondam entre vinte e dois mil euros e vinte e sete mil euros. No Chipre existe esta possibilidade, mas apenas de forma gratuita e o casal pode eleger a gestante. Já em Israel, a gestante tem de ter filhos próprios e não pode pertencer à família. No Brasil, apesar de não existir regulamentação, existe esta possibilidade, desde que a gestante seja familiar directa. A criança é oficialmente registada com o nome da parturiente, mas depois de algum tempo é possível alterar o nome da mãe<sup>20</sup>.

Na Tailândia, apenas os casais heterossexuais, casados há pelo menos três anos e que pelo menos um cônjuge seja tailandês, podem recorrer ao uso da gestação de substituição. A lei proíbe a comercialização da gestação, bem como o seu uso a casais do mesmo sexo e a estrangeiros. Para além disso, as mulheres gestantes de substituição terão que ter mais de 25 anos e relação com um dos cônjuges.<sup>21</sup>

### 3. Direitos ou deveres/obrigações das mulheres?

Quando se fala em direitos das mulheres em sociedades ainda muito patriarcais, é necessário ficarmos atentas e termos a noção que as leis ainda são feitas, na sua grande maioria, por homens. E devemos colocar sempre as seguintes questões:

---

<sup>16</sup> Maia, Ana. “Barrigas de aluguer. Portugal é o terceiro país da União Europeia a criar lei” [online]. *Diário de Notícias*, 14 de maio de 2016. <http://www.dn.pt/portugal/interior/portugal-e-o-terceiro-pais-da-uniao-europeia-a-criar-lei-5173941.html> [31 junho 2016].

<sup>17</sup> *Ibidem*, [online].

<sup>18</sup> Ferreira, Joaquim. “Barrigas de Aluguer na Europa. Onde são legais e quem as proíbe” [online]. *TSF Rádio Notícias*, 14 de abril de 2016. <http://www.tsf.pt/sociedade/interior/barrigas-de-aluguer-na-europa-onde-sao-legais-e-quem-as-proibe-5126257.html> [9 julho 2016].

<sup>19</sup> Maia, Ana. “Barrigas de aluguer. Portugal é o terceiro país da União Europeia a criar lei” [online]. *Diário de Notícias*, 14 de maio de 2016. <http://www.dn.pt/portugal/interior/portugal-e-o-terceiro-pais-da-uniao-europeia-a-criar-lei-5173941.html> [31 junho 2016].

<sup>20</sup> *Ibidem*, [online].

<sup>21</sup> Photopoulos, Julianna. “Thailand outlaws commercial surrogacy for foreigners” [online]. *Bionews*, 23 de fevereiro de 2015. [http://www.bionews.org.uk/page\\_498893.asp](http://www.bionews.org.uk/page_498893.asp) [10 agosto 2016].

Estamos mesmo a falar de direitos? Direitos de quem? Quem vai ser abrangido? O que implica a legalização desses direitos? Quais as consequências? Esses direitos implicam deveres/obrigações de terceiras? Neste ponto, tentaremos dar resposta a todas estas questões, conscientes que a nossa imparcialidade é a possível, enquanto feministas assumidas.

### 3.1 Direitos

Como já se referiu, só as mulheres com ausência de útero ou detentoras de uma doença ou lesão neste órgão podem recorrer à gestação de substituição. Quem são, então, estas mulheres? Como exemplos de casos concretos, que não esgotam todas as possibilidades, poderemos dar os seguintes: meninas que nascem com síndrome de Mayer-Rokitansky-Kuster-Hauser (MRKH), que afecta uma em cada cinco mil mulheres e que se caracteriza pela ausência ou hipoplasia do útero; mulheres sujeitas a uma histerectomia devido a doença ou acidentes graves que as impede de serem portadoras do seu próprio feto e mulheres com casos de endometriose grave que impedem ou inviabilizam a gravidez<sup>22</sup>.

A Associação Portuguesa de Fertilidade (APFertilidade), que se “dedica ao apoio, informação e defesa da comunidade de pessoas com problemas de fertilidade”<sup>23</sup>, defende que a gestação de substituição é a única forma possível das mulheres que nasceram sem útero ou que o perderam na sequência de uma doença ou lesão e, portanto, as destinatárias da Lei que foi aprovada em Portugal, “realizarem o desejo de terem um filho biológico”<sup>24</sup>. Caso não se legalize esta prática, segundo esta associação, estas mulheres só têm duas hipóteses: “ou desistem do seu sonho ou recorrem a um país onde a gestação de substituição é legal, correndo vários riscos”<sup>25</sup>. Quando se fala de Direitos das Mulheres, fala-se, sem sombra de dúvidas, da defesa e preservação da dignidade de todas e cada uma das mulheres do mundo. E, na verdade, temos algumas dúvidas que a não realização de um “desejo”, de um “sonho”, coloque em causa a dignidade de uma, algumas ou todas mulheres e que esse mesmo “desejo”

---

<sup>22</sup> Ferreira, Moisés. “Gestação de substituição: ajudar a ser mãe” [online]. *Esquerda.Net*, 13 de maio de 2016. <http://www.esquerda.net/opiniao/gestacao-de-substituicao-ajudar-ser-mae/42755> [12 agosto 2016].

<sup>23</sup> s.a.. “A Associação Portuguesa de Fertilidade” [online]. *Associação Portuguesa de Fertilidade*, s.d.. <http://www.apfertilidade.org/> [10 agosto 2016].

<sup>24</sup> s.a.. “Gestação de Substituição” [online]. *Associação Portuguesa de Fertilidade*, s.d.. [http://www.apfertilidade.org/Infertilidade\\_Maternidade\\_Sub.html](http://www.apfertilidade.org/Infertilidade_Maternidade_Sub.html) [10 agosto 2016].

<sup>25</sup> *Ibidem*, [online].

e “sonho” se converta em direito. No entanto, devido ao desenvolvimento das tecnologias na área da medicina, têm agora a possibilidade de conceber um filho biológico. Aliás, com o desenvolvimento das técnicas de reprodução, a ausência de filhos passa a ser algo observado como patologia que, portanto, terá que ser tratada<sup>26</sup>. Esta grande oferta de técnicas reprodutivas leva Souza citado por Borlot e Trindade a afirmar que “o mercado de tecnologias reprodutivas fomenta uma verdadeira obsessão pelo projecto maternidade (elaborado numa linguagem de direitos), reforça a importância do parentesco biológico e a comercialização das relações pessoais”<sup>27</sup>. Ou seja, é um ciclo vicioso: estas mulheres querem ter o direito à gestação de substituição que, pelo facto de ter sido desenvolvida aumentou o seu desejo de ter esse direito a serem mães de um filho biológico. A grande importância atribuída ao filho biológico, segundo um estudo que apresenta os elementos de representação social do filho biológico, está relacionada com a consanguinidade (sangue do meu sangue, o filho sendo parte do casal), a descendência, que dá continuidade à família, as semelhanças físicas entre pais e filhos e a pressão social, influenciando as decisões da mulher ou do casal. Este estudo defende ainda que “o filho biológico estrutura a identidade feminina e atesta a virilidade masculina”<sup>28</sup>.

Na verdade, temos que concordar com Cubero quando refere que a filiação biológica, através dos genes é algo que o ser humano compartilha com todos os seres vivos, no entanto, as mulheres e os homens criaram um novo tipo de maternidade/paternidade: aquele que passa pelos afectos, pelos cuidados e pela educação<sup>29</sup>. Um filho não é só aquele que é gerado com os nossos genes, mas aquele que é desejado e amado. Temos, então, que admitir que as beneficiárias que recorrem a esta nova lei, não invocam o direito a ter um filho, invocam sim, o direito a um filho biológico. Se assim não fosse, poderiam optar pela adopção.

### 3.2. Deveres/Obrigações

Para falar de deveres/obrigações, ou pelo menos, retrocesso nos direitos das mulheres, teremos indubitavelmente que nos focar nos conceitos de reprodução e

---

<sup>26</sup> Corrêa, Marilena Villela. *Novas tecnologias reprodutivas – limites da biologia ou biologia sem limites?*. Rio de Janeiro: Editora UERJ, 2001.

<sup>27</sup> Borlot, Ana Maria Monteiro e Trindade, Zeide Araújo. “As tecnologias de reprodução assistida e as representações sociais de filho biológico”. *Estudos de Psicologia*, 2004, 9(1), p. 64.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>29</sup> Cubero, M. Pilar Núñez. “Mujer y Reproducción”. In Díaz, Javier de la Torre (ed.). *Mujer, Mujeres y Bioética*. Edición Digital. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2010, pp. 75-91.

maternidade. Segundo a Bíblia, a infertilidade era vista como um castigo divino<sup>30</sup>, uma vez que a mulher ficou com o legado da reprodução no momento em que o homem chama a Eva a “mãe de todos os viventes”<sup>31</sup>. A construção discursiva sobre a capacidade reprodutiva é a que define a feminilidade: “de tal maneira que a mulher desaparece por trás da sua função materna, que fica definida como o seu ideal”<sup>32</sup>, ou seja, dizer mulher era o mesmo que dizer mãe que já o é ou que virá a ser, e só assim fazia sentido. Reduzir o papel das mulheres à reprodução e maternidade levou a que estas fossem afastadas da vida pública: de produção e cultura<sup>33</sup>. A opção pela vivência ou não da maternidade só se torna possível com o aparecimento dos métodos contraceptivos seguros que permitiram que as mulheres possam conduzir a sua vida sexual nos mesmos termos que os homens<sup>34</sup>. Actualmente, e muito se deve às lutas feministas, a mulher já conquistou algum espaço público e existe algum esforço por parte das sociedades para que esta concilie a maternidade com a sua vida de cidadã e trabalhadora activa, muito embora ainda faltem colmatar muitas necessidades materiais. Apesar disso, as sociedades continuam patriarcais, basta pensar nas mensagens subliminares sobre a beleza da maternidade, que nos chegam diariamente através de todos os meios de comunicação, e responsabilizar a mulher como portadora dos filhos de outras mulheres pode conduzir ao retrocesso de direitos conquistados e coloca-la, de novo, no papel de máquina reprodutora, desta vez, ao serviço de outras.

De notar ainda que, desde a década de oitenta do século xx que um número bastante elevado de feministas contestam a gestação de substituição, motivadas por questões de saúde e de ameaça dos direitos das mulheres<sup>35</sup>. Os efeitos secundários: fisiológicos e psicológicos desta técnica não são prioritários para médicos e investigadores<sup>36</sup>, no entanto, a Organização Mundial de Saúde estimava, em 2007, que aproximadamente quinze por cento das mulheres grávidas desenvolvem uma

---

<sup>30</sup> Goldman-Amiray, Anna. “Mira, Yahveh me ha hecho estéril”. In Tubert, Silvia (ed.). *Figuras de la madre*. Madrid: Cátedra, 1996, pp. 41-51.

<sup>31</sup> Cubero, M. Pilar Núñez. “Mujer y Reproducción”. In Díaz, Javier de la Torre (ed.). *Mujer, Mujeres y Bioética*. Edición Digital. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2010, pp. 75-91.

<sup>32</sup> Tubert, Silvia. “Introdução”. In Tubert, Silvia (ed.). *Figuras de la madre*. Madrid: Cátedra, 1996, p. 7.

<sup>33</sup> Ferreira, Aline. “Beyond the Womb? Posthuman Parturitions in Joanna Kavenna’s *The Birth of Love*”. *La Camera Blu*, 2015, vol.11, n° 12, pp.11-27.

<sup>34</sup> Macedo, Ana Gabriela e Amaral, Ana Luísa. *Dicionário da Crítica Feminista*. Porto: Edições Afrontamento, 2005.

<sup>35</sup> Moss, Kathryn E. “New reproductive technologies: Concerns of feminists and researchers”. *Affilia*, 1988, 3 (4), pp. 38-50.

<sup>36</sup> Alda, C. et al. “Maternidad y técnicas de reproducción asistida: una perspectiva psicoanalítica”. In Tubert, Silvia (ed.). *Figuras de la madre*. Madrid: Cátedra, 1996, pp. 285-319.

complicação potencialmente fatal como resultado directo do acto de reprodução<sup>37</sup>. Um dos principais problemas em lidar com os riscos inerentes à gravidez e ao parto é que, salvo os grupos de alto risco identificados, é impossível prever quais são as mulheres que vão sofrer de complicações graves<sup>38</sup> e como tal, pode acontecer com qualquer gestante. A nível psicológico, para além da depressão pós-parto que já ocorre em muitas parturientes, as gestantes de substituição poderão sofrer de um síndrome de separação da criança, da qual foram portadoras durante nove meses<sup>39</sup>.

Legislar no sentido de colocar as mulheres a aceitarem correr todos estes riscos de forma voluntária, sem qualquer compensação, é idealizar a mulher como disponível para a “maternidade social”<sup>40</sup> e vai ao encontro de todas as crenças religiosas que representam a mulher como a que dedica a vida a cuidar e servir os outros, o que implica perda de autonomia e de direitos conquistados.

Para além disso, tentar distinguir a gestação de substituição “altruísta” da “comercial” soa a hipocrisia, uma vez que o altruísmo de algumas não evita a mercantilização de outras, mesmo que este pagamento seja disfarçado como “compensação” ou “gastos necessários à gravidez”. Será muito difícil controlar se há ou não pagamentos e a leveza da pena, caso haja infracção, poderá facilmente colocar as mulheres mais vulneráveis em situações de exploração do seu corpo e órgãos reprodutivos.

Com a legalização desta técnica de reprodução, também é impossível controlar a pressão exercida sobre as mulheres gestantes, principalmente se existirem relações de poder sociais e até familiares e o direito à integridade do corpo não pode estar sujeito a nenhum tipo de pressão ou contrato<sup>41</sup>.

Algumas feministas demonstram ainda grande preocupação pela dissociação entre reprodução e maternidade, induzida por esta técnica de reprodução<sup>42</sup>. Mais

---

<sup>37</sup> WHO Department of Reproductive Health and Research. *Managing Complications in Pregnancy and Childbirth: A Guide for Midwives and Doctors*. Geneva: World Health Organisation, 2007, v.

<sup>38</sup> Kendal, Evie. *Equal Opportunity and the Case for State Sponsored Ectogenesis*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2015.

<sup>39</sup> PpDM. “Audição Pedida Pelo Grupo de Trabalho PMA, Comissão Parlamentar de Saúde – AR” [online]. *Plataforma Portuguesa para os Direitos das Mulheres*, 7 de janeiro de 2016 <http://plataformamulheres.org.pt/wp-content/ficheiros/2016/01/PpDM-Posicao-9Comissao-Saude-PMA-7Jan2016.pdf> [6 agosto 2016].

<sup>40</sup> *Ibidem*, [online].

<sup>41</sup> s.a.. “Manifiesto Las mujeres no se pueden alquilar o comprar de manera total o parcial” [online]. *No somos vasijas*, s/d. <http://nosomosvasijas.eu/> [13 agosto 2016].

<sup>42</sup> Bernardi, Laura e Neyer, Gerdi. “Feminist Perspectives on Motherhood and Reproduction”. In Ehmer, Josef, Ehrhardt, Jens e Kohli, Martin (Eds.). *Fertility in the History of the 20th Century*:

grave do que isso, consideramos que seja a concepção do corpo da mulher como “máquinas reprodutoras” e “vasilhas de transporte”, porque este progresso ao invés de reduzir o poder das sociedades sobre as mulheres, cria novas estruturas de poder sociais, económicas e de género, o que nos leva a afirmar que a legalização da gestação de substituição implica um recuo nos direitos conquistados pelas mulheres nos últimos anos.

#### **4. Notas de Reflexão**

Sentimo-nos constrangidas em utilizar aqui a palavra “conclusão” ou qualquer outro termo que conduza a interpretações de término porque nada se encontra no final, bem pelo contrário, encontramos-nos na fase inicial em que a gestação de substituição foi apenas legislada. Só quando a lei for aplicada na prática é que os seus resultados e consequências poderão ser avaliados. No entanto, gostaríamos de deixar aqui algumas reflexões sobre a visão geral que possuímos sobre esta matéria.

Ficou claro para nós, que esta lei em Portugal apenas beneficia mulheres que não conseguem conceber uma gravidez, de forma absoluta e definitiva e que têm o desejo de ter um filho biológico, desejo este que consideram um direito inviolável. Ora, como já vimos anteriormente, este direito só existe devido ao desenvolvimento das tecnologias na área da medicina que possibilitam que esta técnica possa ser aplicada apenas porque existe um desejo. Na verdade, o desejo da maternidade pode apenas fundamentar-se na mística que envolve o sentimento de maternidade/paternidade e se este desejo se alarga especificamente ao filho biológico pode existir unicamente para estruturar a identidade feminina e atestar a virilidade masculina, como já se viu.

Os argumentos da Associação Portuguesa de Fertilidade não nos convenceram, referir que, caso a gestação de substituição não se legalize, estas mulheres “ou desistem do seu sonho ou recorrem a um país onde a gestação de substituição é legal, correndo vários riscos”, pode ser considerado chantagem emocional, principalmente dentro das famílias, onde os afectos são elevados, porque depois da legalização a frase passará a ser “ou me emprestam os vossos úteros, ou teremos que recorrer a países, onde corremos sérios riscos”. E, isto de recorrer a

outros países leva-nos à questão do altruísmo: se em Portugal, a legislação refere claramente que esta prática terá que ser altruísta, como é que as beneficiárias desta lei podem pensar em recorrer a outros países em que esta técnica é onerosa? Significa isto que estão dispostas a pagar para conseguir realizar o desejo de ter um filho biológico? Se é assim, também se encontram disponíveis para o fazer em Portugal.

Por tudo o que argumentamos, consideramos que a gestação de substituição levanta inúmeros problemas éticos e da exploração das mulheres, uma vez que sobrecarrega algumas mulheres para beneficiar outras, em nome de um pretensão direito inviolável, que é o direito a um filho biológico, o que por si, acrescenta as nossas dúvidas e reticências.

Gostaríamos de terminar com um excerto da obra *Caim*, de José Saramago:

(...) bem triste há-de ser a gente sem outra finalidade na vida que a de fazer filhos sem saber porquê nem para quê. Para continuar a espécie, dizem aqueles que crêem num objectivo final, numa razão última, embora não tenham nenhuma ideia sobre quais sejam e que nunca se perguntaram em nome de quê terá a espécie de continuar como se fosse ela a única e derradeira esperança do universo<sup>43</sup>.

### Referências Bibliográficas

- Alda, C. et al. “Maternidad y técnicas de reproducción asistida: una perspectiva psicoanalítica”. In Tubert, Silvia (ed.). *Figuras de la madre*. Madrid: Cátedra, 1996, pp. 285-319.
- Bernardi, Laura e Neyer, Gerdi. “Feminist Perspectives on Motherhood and Reproduction”. In Ehmer, Josef, Ehrhardt, Jens e Kohli, Martin (Eds.). *Fertility in the History of the 20th Century: Trends, Theories, Policies, Discourses. Historical Social Research*, 2011, vol. 36, 2, n.º 136, pp. 162-178.
- Borlot, Ana Maria Monteiro e Trindade, Zeide Araújo. “As tecnologias de reprodução assistida e as representações sociais de filho biológico”. *Estudos de Psicologia*, 2004, 9(1), pp. 63-70.
- CNECV. “Relatório e Parecer 87/CNECV/2016” [online]. *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*, 11 de março de 2016. <[http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756\\_P%20CNECV%2087\\_2016\\_PMA%20GDS.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf)> [10 agosto 2016].

---

<sup>43</sup> Saramago, José. *Caim*. Alfragide: Editorial Caminho, 2009, p.40.

- CNPMA. “Parecer da Análise das Propostas de alteração à Lei n.º 32/2006” [online]. *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*, 11 de março de 2016. [http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA\\_Parecer\[6-29-36-51-XIII\].pdf](http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA_Parecer[6-29-36-51-XIII].pdf) [10 agosto 2016].
- Coelho, Paulino. “Barrigas de aluguer. O que são? E o que está em causa?” [online]. *Rádio Renascença*, 19 de julho de 2014. [http://rr.sapo.pt/informacao\\_detalhe.aspx?did=152793](http://rr.sapo.pt/informacao_detalhe.aspx?did=152793) [31 julho 2016].
- Corrêa, Marilena Villela. *Novas tecnologias reprodutivas – limites da biologia ou biologia sem limites?*. Rio de Janeiro: Editora UERJ, 2001.
- Cubero, M. Pilar Núñez. “Mujer y Reproducción”. In Díaz, Javier de la Torre (ed.). *Mujer, Mujeres y Bioética*. Edición Digital. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2010, pp. 75-91.
- Ferreira, Aline. “Beyond the Womb? Posthuman Parturitions in Joanna Kavenna’s The Birth of Love”. *La Camera Blu*, 2015, vol. 11, n.º 12, pp.11-27.
- Ferreira, Joaquim. “Barrigas de Aluguer na Europa. Onde são legais e quem as proíbe” [online]. *TSF Rádio Notícias*, 14 de abril de 2016. <http://www.tsf.pt/sociedade/interior/barrigas-de-aluguer-na-europa-onde-sao-legais-e-quem-as-proibe-5126257.html> [9 julho 2016].
- Ferreira, Moisés. “Gestação de substituição: ajudar a ser mãe” [online]. *Esquerda.Net*, 13 de maio de 2016. <http://www.esquerda.net/opiniao/gestacao-de-substituicao-ajudar-ser-mae/42755> [12 agosto 2016].
- Goldman-Amirav, Anna. “Mira, Yahveh me ha hecho estéril”. In Tubert, Silvia (ed.). *Figuras de la madre*. Madrid: Cátedra, 1996, pp. 41-51.
- Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda. “Projeto de Lei n.º 183/XIII/1.” [online]. *Esquerda.Net*, 13 de maio de 2016, [http://www.esquerda.net/sites/default/files/pl\\_gestacao\\_de\\_substituicao.pdf](http://www.esquerda.net/sites/default/files/pl_gestacao_de_substituicao.pdf) [12 agosto 2016].
- Grupo Parlamentar do CDS-PP. “Diploma da gestação de substituição tem muitas imperfeições” [online]. *CDS-PP Grupo Parlamentar*, 20 de julho de 2016. [http://www.cds.parlamento.pt/gp/index.php?option=com\\_content&view=article&id=15166:diploma-da-gestacao-de-substituicao-tem-muitas-imperfeicoes&catid=59:geral&Itemid=64](http://www.cds.parlamento.pt/gp/index.php?option=com_content&view=article&id=15166:diploma-da-gestacao-de-substituicao-tem-muitas-imperfeicoes&catid=59:geral&Itemid=64) [11 agosto 2016].
- Kendal, Evie. *Equal Opportunity and the Case for State Sponsored Ectogenesis*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2015.

- Macedo, Ana Gabriela e Amaral, Ana Luísa. *Dicionário da Crítica Feminista*. Porto: Edições Afrontamento, 2005.
- Maia, Ana. “Barrigas de aluguer. Portugal é o terceiro país da União Europeia a criar lei” [online]. *Diário de Notícias*, 14 de maio de 2016. <http://www.dn.pt/portugal/interior/portugal-e-o-terceiro-pais-da-uniao-europeia-a-criar-lei-5173941.html> [31 junho 2016].
- Moss, Kathryn E.. “New reproductive technologies: Concerns of feminists and researchers”. *Affilia*, 1988, 3 (4), pp. 38-50.
- PCP. “Declaração de voto Projecto de Lei Gestação de Substituição” [online]. *Partido Comunista Português*, 13 de maio de 2016. <http://www.pcp.pt/projeto-de-lei-gestacao-de-substituicao> [10 agosto 2016].
- Photopoulos, Julianna. “Thailand outlaws commercial surrogacy for foreigners” [online]. *Bionews*, 23 de fevereiro de 2015. [http://www.bionews.org.uk/page\\_498893.asp](http://www.bionews.org.uk/page_498893.asp) [10 agosto 2016].
- PpDM. “Audição Pedida Pelo Grupo de Trabalho PMA, Comissão Parlamentar de Saúde – AR” [online]. *Plataforma Portuguesa para os Direitos das Mulheres*, 7 de janeiro de 2016 <http://plataformamulheres.org.pt/wp-content/ficheiros/2016/01/PpDM-Posicao-9Comissao-Saude-PMA-7Jan2016.pdf> [6 agosto 2016].
- PpDM. “PMA e gestação de substituição e quando a direita e a esquerda partidárias se unem pelos direitos das mulheres” [online]. *Plataforma Portuguesa para os Direitos das Mulheres*, 14 de maio de 2016. <http://plataformamulheres.org.pt/pma-e-gestacao-de-substituicao-e-quando-a-direita-e-a-esquerda-partidarias-se-unem-pelos-direitos-das-mulheres/> [10 agosto 2016].
- Rebelo de Sousa, Marcelo. “Presidente da República, com base nos pareceres no Conselho Nacional de Ética e para as Ciências da Vida, veta diploma sobre gestação de substituição” [online]. *Presidência da República Portuguesa*, 7 de junho de 2016. <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=108689> [10 agosto 2016].
- Saramago, José. *Caim*. Alfragide: Editorial Caminho, 2009.
- s.a.. “A Associação Portuguesa de Fertilidade”[online]. *Associação Portuguesa de Fertilidade*, s.d.. <http://www.apfertilidade.org/> [10 agosto 2016].
- “Bloco apresenta nova proposta sobre gestação de substituição” [online].

- Esquerda.Net*, 14 de julho de 2016. [http://www.esquerda.net/artigo/bloco-apresenta-nova-proposta-sobre-gestacao-de-substituicao/43681?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](http://www.esquerda.net/artigo/bloco-apresenta-nova-proposta-sobre-gestacao-de-substituicao/43681?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook) [12 agosto 2016].
- “Bloco faz aprovar gestação de substituição no Parlamento” [online]. *Esquerda. Net*, 13 de maio de 2016. <http://www.esquerda.net/artigo/bloco-faz-aprovar-gestacao-de-substituicao-no-parlamento/42760> [12 agosto 2016].
- “CDS quer que TC se pronuncie sobre gestação de substituição” [online]. *Expresso*, 1 de agosto de 2016. <http://expresso.sapo.pt/politica/2016-08-01-CDS-quer-que-TC-se-pronuncie-sobre-gestacao-de-substituicao> [ 10 agosto 2016].
- “Gestação de Substituição” [online]. *Associação Portuguesa de Fertilidade*, s.d., [http://www.apfertilidade.org/Infertilidade\\_Maternidade\\_Sub.html](http://www.apfertilidade.org/Infertilidade_Maternidade_Sub.html) [10 agosto 2016].
- “Gestação de substituição em vigor em Setembro” [online]. *Jornal de Notícias*, 22 de agosto de 2016. <http://www.jn.pt/nacional/interior/gestacao-de-substituicao-em-vigor-em-setembro-5350697.html> [23 agosto 2016].
- “Manifiesto Las mujeres no se pueden alquilar o comprar de manera total o parcial” [online]. *No somos vasijas*, s.d.. < <http://nosomosvasijas.eu/> > [13 agosto 2016].
- “Presidente da República promulga decreto reformulado sobre gestação de substituição” [online]. *Presidência da República Portuguesa*, 30 de julho de 2016. <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=112417> [10 agosto 2016].
- Tubert, Silvia. “Introdução”. In Tubert, Silvia (ed.). *Figuras de la madre*. Madrid: Cátedra, 1996, pp. 7-37.
- WHO Department of Reproductive Health and Research. *Managing Complications in Pregnancy and Childbirth: A Guide for Midwives and Doctors*. Geneva: World Health Organisation, 2007, v.



V. MANIFESTACIONES  
DE LA IGUALDAD



## *V.1. IGUALDAD DE GÉNERO*



# EL TRATAMIENTO DE LA FIGURA DE LA GEISHA EN LAS REPRODUCCIONES CINEMATOGRÁFICAS NORTEAMERICANAS

## THE TREATMENT OF THE GEISHA'S FIGURE ON AMERICAN CINEMATOGRAPHIC PRODUCTIONS

Amalfy Fuenmayor Noriega  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** La imagen de la geisha sigue siendo un icono controvertido en Occidente, usada por la industria publicitaria de modo ambivalente, que por un lado la explota como la máxima expresión de la femineidad y, por el otro, la rodea de un halo de erotismo que ocasionalmente la posiciona como una prostituta elegante.

El análisis de la muestra seleccionada de producción cinematográfica norteamericana sobre la geisha dirigida por conocidos o taquilleros directores norteamericanos, muestra que, pese a la consideración que se le brinda a la misma en la cultura nipona, su significado original experimenta una reelaboración reduccionista y desnaturalizadora tras pasar por la maquinaria de los medios audiovisuales occidentales, que acaban por convertirla en un instrumento propagandístico de la cultura patriarcal, lo que constituye un atentado contra los derechos humanos como el derecho a la imagen y el derecho a la cultura.

**Palabras Clave:** Geisha, Kanji (caracteres ideográficos), Ukiyo-e (estampas xilográficas), Producciones cinematográficas, Discurso audiovisual, Perspectiva de género, Derechos Humanos.

**Abstract:** The figure of a Geisha was used for the occidental cinematographic industry as an epithet of a “perfect lady” which one of her most important characteristic is obedience (toward the man), but in the other hand, the industry is also using her as an erotic icon. Even though the scientific literature knows this cross-cultural misunderstanding, we can analyse it from other perspectives as a gender approach or human rights standpoint.

The analysis done from a famous northamerican film that was directed by famous directors shows us from the ukiyo-e stamps to nowadays cinema's films that the figure of a geisha is continuously reproduced as an patriarchal culture propagandistic instrument, that means it is infringe upon culture rights and human rights as well.

**Keywords:** Geisha, Ukiyo-e (xylograph stamps), Cinematic discourse, Gender perspective, Human Rights.

### 1. Introducción

Cuando Japón es forzado a “abrirse al mundo” por las potencias extranjeras, en los albores de la era de Meiji (1868-1912), los primeros “colonos” que tomaron contacto con la cultura nipona, lo hicieron desde una posición arrogante de supuesta superioridad basada en el eurocentrismo. Y es a través de sus reseñas y memorias, plagadas de prejuicios e incapacidad para comprender al otro en su contexto histórico y sociocultural, cómo comenzamos a hacernos los occidentales una imagen de Japón en

general y como se generaron y cristalizaron los estereotipos con los que se les identificaría hasta hoy, como los de los samuráis, los kamikazes y las geishas. Los dos primeros, masculinos, siguen siendo percibidos como iconos del valor y de la obediencia ciega a un ideal, mientras la geisha, icono femenino, es vista como un ser insubstancial y objeto de deleite.

Aunque la literatura científica no desconoce el tamiz distorsionado a través del cual percibimos a la geisha, el análisis hasta ahora realizado sobre las causas y contenidos de tal deformación, es susceptible de nuevos enfoques, como la perspectiva de género y el enfoque de los derechos humanos. Este abordaje es capaz de arrojar luz innovadora sobre las causas de la distorsión perceptiva que enturbia los análisis históricos sobre la realidad nipona y puede proporcionarnos un instrumento analítico-crítico corrector del discurso académico sobre el icono femenino japonés que centra nuestra mirada.

En el neojaponismo, término propuesto por David Almazán Tomás para definir la influencia japonesa en la cultura actual y que, en muchos aspectos, es una continuación del fenómeno del japonismo iniciado a mediados del siglo XIX, la imagen de la geisha sigue reproduciéndose encuadrada en el antiguo marco patriarcal de objeto de placer, sin libertad de acción o decisión. Desde las imágenes de las estampas del ukiyo-e, pareciera que la geisha no ha evolucionado, ni se ha adaptado a los nuevos tiempos. Cuando se produce la prohibición de la prostitución, decretada en 1958, las *oiran* (término japonés para designar a las cortesanas), desaparecieron de la escena social nipona, quedando las geishas, porque era sabido que ellas no ejercían la prostitución; sin embargo, podemos constatar que en la actualidad todavía se las confunde con prostitutas. Este discurso es usado de forma reiterativa por la industria publicitaria y cinematográfica, cuyo interés es potenciar el mito erótico de la geisha, obviando su condición artística y cultural.

## **2. Imagen, Arquetipo y Discurso Visual de la Geisha en Occidente**

El constructo de la imagen de la mujer en China comienza con la forma lineal que se le adjudicará mediante la escritura, conociendo que la escritura está hecha a base de ideogramas, es decir de imágenes que cobran un significado, ya que no son del todo abstractas sino que poseen elementos figurativos o un conjunto de ellos que nos evocan las ideas por ellos sugeridas. Esta idea de mujer, pasó de China a Japón cuando éste asimiló la forma de escritura, la imagen que designaba a mujer y lo que ella implicaba

fueron asumidas por el pueblo nipón, y perduran en la memoria colectiva de este conglomerado, en este sentido Fernando Rodríguez<sup>1</sup> apunta que la imagen fija la memoria, incluso la memoria colectiva, la memoria de los pueblos. Ello es así porque cifra mnemotécnicamente un discurso, porque una imagen condensa diversos sentidos en una fórmula impresa, durable, y a menudo dotada de una gran economía, puesto que se produce, como escribía Freud, refiriéndose a las imágenes en el sueño y, por extensión en la poética del concepto, por procesos de contigüidad metafórica, de sobredeterminación y de condensación<sup>2</sup>. Estas imágenes fueron llamadas por el psiquiatra C. G. Jung, “arquetipos”<sup>3</sup>. Jung, en su tratado sobre los símbolos de la transformación asevera: “el hecho de que una opinión sea tan antigua y tan general, demuestra necesariamente que de algún modo tiene que ser verdadera, esto es, psicológicamente verdadera.

Etimológicamente la palabra geisha se usa para nombrar a una persona de arte. Este sustantivo se origina en la unión de dos kanji:

Gei: 芸 arte

Sha: 者 persona

En la gramática japonesa las palabras no describen en sí mismas al género que las determina, por lo cual pueden definir indistintamente a hombres y a mujeres. Según los datos históricos, las personas que ejercieron el oficio de amenizar las fiestas de los chônin o ricos comerciantes, fueron hombres, cuyas artes deleitaban a aquellos. Para los japoneses la palabra que designaba a la geisha no estaba dentro del catálogo que incluía a la mujer, por tanto, en la construcción del inconsciente colectivo nipón, desde sus inicios hasta el presente, la geisha es un ser de y para el arte y como prueba de ello está el hecho de que no se extinguiera con la abolición legal de la prostitución, como sí sucedió con las prostitutas, con las cuales, hasta ahora, se le confunde en Occidente.

---

<sup>1</sup> “La experiencia que nos evoca una imagen, especialmente la imagen con clara intencionalidad simbólica, no es en ningún caso una experiencia aislada, centrada sólo en la alianza entre un foco visual -una mirada- y un objeto que se dibujara en un espacio real o imaginario. Percibimos lo icónico en tanto que su sentido puede alcanzar a ser dicho, ordenamos su realidad siempre en patrones discursivos, aun cuando reconozcamos estar en presencia de lo inefable”. Rodríguez de la Flor, Fernando. *Emblemas. Lecturas de la imagen simbólica*. Madrid: Ed. Alianza Forma, 1995. p.12.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>3</sup> Según Jung los arquetipos o imágenes primordiales son “formas o imágenes colectivas que se dan en toda la tierra como elementos constitutivos de los mitos y, al mismo tiempo, como productos autóctonos e individuales de origen inconsciente”. Son patrones de formación de símbolos que se repiten a lo largo de la historia y las culturas, en la humanidad entera, y a través de ellos buscan expresión las energías psíquicas”. Proffoff, I. *La psicología de Jung y su significación social*. Buenos Aires: Paidós, 1967, pp. 93-103.

## 2.1 Madama Butterfly. Ópera

En el estudio de La obra *Madama Butterfly*<sup>4</sup>, no nos centraremos en el ámbito operístico ni en el musical, sino en las fuentes de las que se nutrió Giacomo Puccini, para la realización de dicha opera y de los estereotipos que produjo y que sentaron las bases de la percepción occidental de la geisha. Durante el verano de 1900, Puccini conoce a la pieza teatral “*Madame Butterfly*” de David Belasco, afamado productor que adaptó el relato de Jhon Luther Long, de igual título y que se había publicado en la revista norteamericana *Century Illustrated Magazine* y que, a su vez estuvo inspirada en la novela *Madame Crysanthème* de Pierre Loti escrita en 1887. Haciendo un análisis de esta obra de Pierre Loti, que es de donde parten todas las demás desde el punto de vista conceptual, encontraremos que es del tipo autobiográfica y que narra las impresiones que le causa a Loti la ciudad de Nagasaki durante los tres meses que tiene que vivir allí como capitán de la marina francesa (esperando el arreglo de la goleta *Triunfante*). Tiempo en el cual contrae matrimonio, a manera de contrato temporal (era costumbre en el Japón de la época), con una joven llamada *KiKu San* o Señora Crisantemo<sup>5</sup>. Es importante hacer notar que tanto la narración de la historia como la descripción de los ámbitos geográficos y socioculturales se hacen desde una perspectiva eurocéntrica y de superioridad de género y racial asumida por Loti, y que podemos constatar en los diversos fragmentos, atribuidos a sus impresiones sobre la sociedad nipona en general y de la geisha en particular, sacados de la historia: “ A eso de las nueve, llegan con gran revoloteo de sedas las tres geishas de moda en Nagasaki: las señoritas Pureza, naranja y Primavera que he contratado por cuatro duros cada una, precio excesivo en este país. [...] me parecen hoy más diminutas, mucho menos extrañas, en modo alguno misteriosas. Las trato un poco como muñequillos a mis órdenes”.<sup>6</sup>

En la investigación titulada “*Madama Butterfly y sus fuentes: la creación de un mito*”, Luisa M.<sup>a</sup> Gutiérrez Macho, apunta a que

<sup>4</sup> La ópera que he escogido para la presente investigación es la que pertenece a la versión realizada por la Ópera Nacional de Hungría, bajo la dirección de Miklós Gábor Kéryni. Presentada en octubre de 2000 en el Bunkamura Hall de Tokio.

<sup>5</sup> Pierre Loti, cuyo nombre verdadero es Louise Marie Julien Viaud, nace en Rochefort en 1850. se hace marino a la edad de trece años e ingresa a la escuela naval Henri IV, de París en 1886. En sus múltiples viajes conoce a países como Argelia, Turquía, Brasil, Norteamérica, entre otros. Visitó a Japón en dos ocasiones, la primera desde julio hasta septiembre de 1885, estancia que le serviría para escribir a *Madame Crysanthème* (1887) y *Japoneries d'automne* (1889), y luego residiría allí entre 1900 y 1901. En 1891 es nombrado académico. Paó sus últimos años en Hendaya y los mares del Índico. Participa como consejero en la Guerra Mundial del catorce y obtiene la cruz de guerra. Muere en 1923. Datos obtenidos en la obra de Loti, Pierre. *Madama Crisantemo*. La Coruña: Ediciones del viento, 2006.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 167.

no debemos olvidar la importancia de Loti en la creación de una imagen muy característica de la mujer japonesa de la cultura popular internacional de finales del siglo XIX y comienzos del XX. Poco a poco se fue perfilando el mito en torno a la mujer de este país: exótica, chiquita, delicada y frágil como una muñequita. [...] Sin embargo, le restaba personalidad, puesto que todas, a su modo de ver, parecían iguales. Eran las mismas delicadas criaturas que se encontraba en las decoraciones de las casas, en las estampas y en los biombos<sup>7</sup>.

En este sentido denotamos una “mirada imperial” (tomando la denominación de Kaplan), que nos conduce a un ejercicio de poder por parte del hombre blanco, occidental y superior, que ejerce desde su posición de “representante de la civilización universal”. Como Japón no encajaba en el marco de tierra colonizada, se tenía que articular esta dominación a través del discurso, para ello nada mejor la animalización, la cosificación y el uso del diminutivo.<sup>8</sup> El nombre de Señora Mariposa, también se extrae de la novela de Loti, donde éste nombra a la casa de té de las “Mariposas Indescriptibles” y también compara a las mujeres ataviadas con quimonos, con “mariposas nocturnas” e, incluso, llega a metamorfosear a Crisantemo con una libélula.

Puccini toma el término de geisha (con la calificación de oficio indecoroso), de la obra de Blasco y se lo adjudica a la Madama Butterfly, también toma la imagen de la mujer que canta y baila en la calle, de un pasaje de la obra kokoro de Lafcadio Hearn, en el que se describe el canto de una mujer ciega que realiza esa acción en la calle para obtener el sustento propio y el de su pequeño hijo, quien le acompaña.<sup>9</sup> En cuanto al final de Madama Butterfly, es el suicidio, obtenido éste de la historia real sobre la geisha Okichi<sup>10</sup>, pero a diferencia de ella, en la obra, Madama Butterfly lo realiza

---

<sup>7</sup> Gutiérrez, Luisa M<sup>a</sup>. “Madama Butterfly y sus fuentes: la creación de un mito”. En Barlés, Elena y Almazán, Vicente David (coords.). *La Mujer Japonesa. Realidad y Mito*. Zaragoza: Pressas Universitarias de Zaragoza, 2008, pp. 881-885.

<sup>8</sup> Guarné, Blai. “Escarnios e Injurias en la Representación de la Mujer Japonesa”. En Barlés, Elena y Almazán Vicente David. (coords.). *La Mujer Japonesa. Realidad y Mito*. Zaragoza: Pressas Universitarias de Zaragoza, 2008, p. 769.

<sup>9</sup> Sin embargo, podemos apreciar en kokoro, que Hearn hace una diferencia entre la mujer que canta, acompañada de su shamisen y la geisha: [...] “Su modo de tañer el shamisen dejaría arrobada a la geisha más consumada, aunque jamás se oyó cantar así a una geisha, ni nunca habíamos oído interpretar una canción como ésta. Cantó como sólo puede cantar una campesina”. Hearn, Lafcadio. *Kokoro. Ecos y nociones de la vida interior japonesa*. Madrid: Miraguano, 2009, p. 42.

<sup>10</sup> Existen muchas leyendas sobre la geisha Okichi, pero todo apunta a que fue la amante de Townsend Harris, comerciante y político norteamericano quien se convirtió en el primer cónsul de los Estados Unidos en Japón, en 1854. Townsend pidió la compañía de una geisha y Okichi, en contra de su voluntad, fue obligada por el gobierno a atender a Townsend. Vivió en el consulado y se convirtió en la concubina de éste, hasta su regreso a Estados Unidos. Razón por la cual fue considerada por los japoneses como traidora. Debido a la presión social, Okichi se volvió alcohólica y se suicidó ahogándose. Hay un museo dedicado a su vida en el templo de Hokufuji, en Shimoda, que está en la península de Izu. (Nota de la autora)

mediante el ritual del suicidio femenino japonés o jigai que consiste en cortarse la garganta con una daga especial para ese fin (pero que en otras obras cinematográficas ha sido sustituido por el ahogamiento, tal como fue ejecutado por la geisha Okichi), recordándonos la inscripción del Kaiken “*con honor muere quien no puede conservar su vida con honor*”.

Esta imagen de la geisha se reproducirá no sólo en las obras de teatro y de ópera, sino que se trasladará a la dimensión fílmica, perpetuando el estereotipo hasta nuestros días. El cine, como medio de información y difusión, además como representación de la realidad, se ha constituido en una forma de contribución a la legitimación social del discurso dominante y, en palabras de Deleuze, todo el cine pasa a ser un discurso indirecto libre operando sobre la realidad. El falsario y su potencia, el cineasta y su personaje, o lo inverso, ya que sólo existen por esa comunidad que les permite decir “nosotros, creadores de verdad”.<sup>11</sup> En el intento de hacer un acercamiento hacia las diversas visiones y versiones que cada producción cinematográfica presenta sobre la mujer japonesa en general y a la geisha, de forma específica, desde un análisis instrumental ideológico, cuyo objetivo es según Lauro Zavala, determinar “el valor de la película a partir del estudio de sus contenidos”<sup>12</sup> entre otros, ya que considera la película como un elemento sintomático de procesos de naturaleza social.<sup>13</sup> En este sentido, el cine goza de una legitimación por lo que hace posible recrear discursos y al mismo tiempo ser recreado por ellos; en esa legitimidad radica su importancia para la divulgación y reafirmación del papel de dominantes y subordinadas.

### **3. Representaciones de la geisha en las producciones cinematográficas norteamericanas**

Cuando se implantó la moda del japonismo en el siglo XIX, prosperó el cliché de la mujer japonesa popularizado a través de la novela “Madama Crisantemo”, de Pierre Loti, y la ópera “Madama Butterfly”, de Puccini. Desde entonces, la

<sup>11</sup> Deleuze, Gilles. *La imagen-tiempo. Estudio sobre cine*. Barcelona: Paidós, 1987.

<sup>12</sup> Según Mario Díaz Barrado, “cada soporte impone una forma de mirar y cada cambio de soporte impone también un cambio o evolución”. Díaz, Mario. “La imagen en la historia”. *Ayer*, 1996, 24, p. 23. Citado en Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Discursos y contradiscursos: Las relaciones de género en el cine”. En Hidalgo Rodríguez, David, Cubas Martín, Noemí y Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther (coords.). *Mujeres en la historia, el arte y el cine: discursos de género, variantes de contenidos y soportes, de la palabra al audiovisual*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, p. 14.

<sup>13</sup> Citado en Corral, Sofia. “Ciudad Juárez: la imagen del feminicidio en el cine”. En Hidalgo Rodríguez, David, Cubas Martín, Noemí y Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther (coords.). *Mujeres en la historia, el arte y el cine: discursos de género, variantes de contenidos y soportes, de la palabra al audiovisual*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, p. 123.

representación occidental de la mujer japonesa se ha vinculado por regla general a una idea de sumisión absoluta a la voluntad masculina, a una ingenuidad infantil y a una delicadeza que raya en la gazmoñería. Este estereotipo femenino se ha relacionado asimismo con unos determinados ceremoniales, con una liturgia social, expresada en determinadas habilidades, como la ceremonia del té, el arte floral y el uso de los abanicos y en detalles estéticos como la peluca tradicional, el rostro empolvado y el quimono de seda (una apariencia que hoy sólo se mantiene en determinados ceremoniales, pero que conserva su encanto sugestivo a ojos occidentales).

El espacio natural en el que el personaje femenino se desenvuelve es el hogar y su aspiración única, la felicidad del esposo al que dedica total atención, alcanzando en su fidelidad límites inconcebibles para una mujer occidental. Esta representación, a menudo se ha mezclado con la geisha, quien va a presentar idénticos contenidos, con el único matiz de que no se trata de una mujer ligada al hombre por el matrimonio, sino por una actividad profesional, pero igualmente consagrada al bienestar masculino, cuyo mensaje subyacente contiene un explícito componente machista. Dados los niveles de emancipación femenina alcanzados en los países occidentales, se desplaza el modelo de la mujer sumisa hacia Oriente, por lo que tendría de inverosímil ese mismo modelo aplicado a una mujer europea o americana. Aunado al componente exótico y por las posibilidades románticas que implica, el cine norteamericano se ha sentido fascinado por este estereotipo desde sus primeras décadas de existencia, y por ello, no es de extrañar que la caracterización de la geisha inocente, sumisa y mojigata se repita sin cambios hasta nuestros días. Es un dato interesante el que la caracterización de la geisha siempre haya estado en manos de actrices occidentales (exceptuando la actuación de Shirley MacLaine, que según el guión, la emula, más no la caracteriza), y que notamos en los primeros filmes (quizás debido a la existencia de prejuicios raciales hacia las actrices extranjeras). No obstante, a través de la revisión de la filmografía escogida, observamos una progresiva matización, de forma, más no de fondo, hecho que puede estar relacionado con un mejor conocimiento del referente real, gracias a la divulgación de producciones asiáticas en las que se demuestra que esa idealización femenina es poco menos que un arcaísmo, cuando no una mala interpretación fijada en la imaginación popular a través de la literatura y el cine.

Desglosando las características atribuidas a los personajes (de manera generalizada), que intervienen en las películas, tenemos:

Sobre la posición del hombre: Se muestra como un ser superior, educado en una sociedad en la que se mantiene a la supremacía masculina (ya sea porque el hombre es occidental, porque tiene poder económico o porque ejerce el oficio que le permite entrar al mundo de las geishas).

En cuanto a la posición de la mujer: Presupone la vulnerabilidad y la desventaja en la que se encuentra la mujer por no poder decidir su destino (es vendida o alquilada al hombre, es presa de sus emociones y de su estatus social)

Sobre el contexto que enmarca a la historia: Se presenta como un hecho anclado en una constitución histórica de dominación (se presenta como un hecho aislado territorialmente, ubicado en Japón)

Sobre las causas: Se atribuyen a condiciones étnicas, políticas y económicas que incluyen la discriminación cultural de género.

Sobre las consecuencias: La muerte es el único camino “honorable” (desde su condición de mujer japonesa que ha perdido el honor frente a su familia, a su cultura y a sus costumbres). Las formas de representación expuestas entran dentro de una forma de hacer historia que expone la jerarquía implícita en muchos relatos. Y lo que es aún más fundamental, pone en duda tanto la suficiencia de cualquier pretensión de la historia de contar la totalidad de lo sucedido, como la integridad y obiedad del sujeto de la Historia: “el Hombre universal”. En palabras de Esther Martínez Quinteiro: “El discurso cinematográfico es, por las posibilidades abiertas a su manipulación, por su sutileza y su fuerza seductora, por la identificación que logra del espectador con los personajes de ficción y los actores o actrices, un eficaz instrumento de socialización en valores o contravalores, y consiguientemente, un reproductor o cristalizador potente de estereotipos de género. Feministas y antifeministas no dejan de usarlo. A veces la calidad artística o técnica o la belleza de la envoltura cinematográfica, predispone al público a consumir acríticamente tóxicas apologías de la desigualdad de roles masculinos y femeninos, del quebrantamiento de los derechos de libertad sexual y reproductiva o de la letal y pertinaz violencia de género, objeto en nuestros días de una peculiar y generalizada atención, pero también de un vivo debate”<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Discursos y contradiscursos:..”, pp. 11-32.

### 3.1. Análisis de la película *Madame Butterfly*

Director: Marion Gering. Año:1932. Duración: 86 minutos. País: Estados Unidos. Guión: Josephine Lovett, Joseph Moncure March (adaptación de las obras de David Belasco y John Luther Long). Género: Drama. Producción: A.B.P. Schulberg Production. Distribución: Paramount Publix.

Reperto: Sylvia Sydney, Cary Grant, Charles Ruggles, Irving Pichel, Helen Jerome Eddy, Edmund Breese, Louise Carter, Sándor Kállay, Judith Vosselli, Sheila Terry, Dorothy Libaire, Berton Churchill, Philip Horomato, Wallis Clark.

Sinopsis: Un par de oficiales estadounidenses destinados en Japón, los tenientes Pinkerton (Cary Grant), y Barton (Charles Ruggles), conocen a una bella nipona, Cho-Cho San (Sylvia Sydney), que está a punto de convertirse en una geisha. Uno de los oficiales, Pinkerton, se enamora de ella y acaban casándose, a pesar de que él tiene una prometida en los Estados Unidos. Poco tiempo después del enlace, Pinkerton debe abandonar Japón con la flota norteamericana. El oficial promete volver, pero al llegar a su país, olvida a Cho-Cho San y se casa con su antigua prometida (Helen Jerome). Pasan tres años en los que ella no recibe noticias suyas. En ese tiempo Cho-Cho San ha dado a luz y a criado al hijo de ambos, con apoyo de su criada Suzuki (Louise Carter). Pinkerton decide viajar con su esposa norteamericana a Japón para comunicar a la geisha que todo ha terminado entre ambos y ella, destrozada por la traición, se suicida.

Marion Gering (1901-1977). Director y productor, fue contratado por la Paramount pictures, como director en 1931 y al año siguiente estrenó a *Madame Butterfly*, que se constituyó en su quinta producción filmográfica.

Los hilos del melodrama funcionan perfectamente en esta pieza. *Butterfly* es la encarnación de un amor prohibido, por el que el destino la castiga con una fatal decepción. Un amor interracial que, a la fecha de escritura de la obra de origen, era un tabú social, aún no superado cuando la película fue filmada (razón por la cual sigue siendo una occidental y no una asiática la protagonista). La geisha es mimosa, dulce, comprensiva, ignorante, paciente y, ante todo, infantil. Nos recuerda a las doncellas de los cuentos de hadas y ahí es donde reside su efectividad. Representa un estilo de feminidad en vías de extinción, pues esta mujer es sumisa, tanto que acepta la voluntad masculina incluso luego de saberse engañada, amando al seductor por encima de su evidente traición. Al verse traicionada, la única salida honorable para esa tragedia íntima

será el suicidio, que nos reconduce a los cauces del estereotipo japonés, que se relaciona de forma directa con el mundo del samurai.

### 3.2. Análisis de la película *El Bárbaro y la Geisha*

Título Original: *The Barbarian and The Geisha*. Director: John Huston. Año:1958. Duración:105 minutos. País: Estados Unidos. Guión: Ellis Sant Joseph. Producción: Eugene Frenke y Twentieth Century -Fox. Género: Drama, histórico

Reperto: John Wayne, Eiko Ando, Sam Jaffe, Sô Yamamura, Takeshi Kumagai, Fuyukichi Maki

Sinopsis: En 1856, a Townsend Harris (John Wayne), diplomático americano, se le encomienda la misión de negociar con el gobierno japonés para establecer relaciones comerciales (basándose en el tratado logrado por el Comodoro Matthew Perry). Harris tendrá que afrontar los obstáculos que se le presentan, pero llevará a cabo su cometido, apoyado por el traductor Huesken (Sam Jaffe) y por la geisha Okichi (Eiko Ando), quien le ha sido adjudicada por el gobernador de Shimoda (Sô Yamamura), logrando finalmente la firma del tratado de relaciones bilaterales entre Japón y los Estados Unidos.

John Huston (1906–1987). Fue un director prolífico y versátil que antes de filmar *El Bárbaro y la Geisha*, había rodado ocho películas, muchas de ellas taquilleras; la relación interpersonal sostenida con John Wyne fue muy tensa y quizás a ello se deba en gran medida que Houston no la considerara un buen trabajo (luego de que Wyne la reeditara en su ausencia).<sup>15</sup>

Debemos recordar que en esta producción, se tratan dos momentos históricos, siendo el antiguo, la firma de un tratado que le permite a Estados Unidos el uso de los puertos japoneses (con grandes ventajas legales y económicas para los americanos) y que reafirma la realidad del presente, dada por la ocupación del Japón por parte de Norteamérica tras su derrota en la Segunda Guerra Mundial. Las relaciones entre ambos países seguían siendo muy sensibles a los mensajes, de allí que se hiciera tanto hincapié en el uso del idioma japonés, en los diálogos sostenidos entre nativos; así como el tema de la relación de pareja (se sabe que la geisha Okichi Saito fue concubina de Townsend Harris), por la que se pasó de puntillas, sin concederle ni el típico beso, a la usanza de las películas de la época, quizás porque aún estaba presente la figura de las

---

<sup>15</sup>Castro, Antonio. "Entrevista a J. Houston" [en línea]. *Miradas de cine*, 15 de mayo de 2014. <<http://miradasdecine.es/zeitgeist/2014/05/entrevista-john-huston.html>> [4 agosto 2016].

“consoladoras”, como eufemísticamente han sido llamadas a las mujeres que fueron reclutadas para ejercer la prostitución en los ejércitos de ocupación norteamericanos. De allí la importancia de convertir a Harris en el símbolo de la caballerosidad y presentarlo como un hombre extremadamente pudoroso y que creyera en el amor romántico, con promesa de regresar al lado de la dama, una vez concluida su misión como funcionario, incluida en el repertorio. John Wayne no deseaba desprenderse del alter ego de macho que se había formado gracias a las películas del Oeste americano, y quizás por ello vemos las inevitables escenas agresivas donde el cónsul, tiene que establecer, a golpes, la imposición de sus criterios, cuando éstos no puedan ser comprendidos por los pobladores (debido al grado de ignorancia de aquellos). Por otra parte, el modo de flanquear las relaciones interraciales, que para la época seguían siendo un tabú, razón por la que Eiko Ando encajaba perfectamente en el molde de pareja para Wayne, con una altura mayor que la media japonesa, con rasgos que eran muy cercanos al tipo occidental y que podía manejarse fluidamente en ambos idiomas (el uso del idioma japonés en aquellos tiempos constituyó un signo de acercamiento entre ambas naciones).

### 3.3. Análisis de la película **Mi Dulce Geisha**

Título Original: *My Geisha*. Director: Jack Cardiff. Año:1962. Duración:119 minutos. País: Estados Unidos. Guión: Norman Krasna. Género: Comedia. Producción: Steve Parker. Distribuidora: Paramount Pictures.

Reperto: Shirley MacLaine, Yves Montand, Edward G. Robinson, Robert Cummings, Yoko Tani, Tatsuo Saito, Tamae Kyokawa, Ichirô Hayakawa, Alex Gerry

Sinopsis: Paul Robaix (Yves Montand) ha sido el director de su afamada esposa, Lucy Dell (Shirley MacLaine) una popular actriz de Hollywood, en muchas de sus películas. Para demostrarse a sí mismo que puede triunfar sin ella, Paul decide ir a Japón para dirigir una versión de “Madame Butterfly” y probar su talento usando a una actriz nipona sin trayectoria. Pero Lucy, que no quiere quedarse fuera del proyecto, lo sigue hasta allí de incógnito, con el apoyo del productor, Sam Lewis (Edward G. Robinson) y se convierte en la geisha “Yoko Mori”.

Jack Cardiff (1914 -2009). Fue director de fotografía, director y actor cinematográfico. Antes de dirigir a “My geisha”, había sido el director de fotografía de 17 producciones fílmicas y dirigido otras 7, obteniendo un Óscar al mejor director de fotografía por “Black Narcissus” (1947). Para essta producción, Cardiff planifica las

secuencias utilizando el formato panorámico, y utiliza conocido subgénero de “cine dentro del cine”, el uso de tomas in situ, posicionando a los espectadores en el “sitio real” donde transcurre la historia.

El leit motiv de la trama se centra en la posibilidad de que “una emancipada mujer occidental”, pueda adquirir las virtudes que hacen de la geisha, la mujer que todo hombre anhela, para sentirse completamente feliz, que entre otras, implica el renunciar a aquello que signifique un cambio de estatus en el ámbito profesional. Debemos recordar que la película se desarrolla a principio de los sesenta, cuando en Estados Unidos, la inclusión de la mujer “en el mundo laboral masculino”, era vista por el patriarcado como una “amenaza a los intereses del Estado”, en consecuencia, comenzó a moverse toda una maquinaria ideológica a fin de que la mujer retornara al hogar y que lo hiciera convencida de que ésa era la opción correcta. De allí el uso del del icono de la estrella cinematográfica que, comparada con la media, era la punta de lanza del vanguardismo, desinhibida, autosuficiente económicamente (incluso capaz de generar mayores ingresos que el marido) y en el tope de la fama, que comienza realizando una transformación externa de la geisha, cuyo alter ego termina por controlarla, haciéndole comprender que no hay mayor logro que abdicar a las pretensiones personales (incluida la posibilidad de obtener un premio Óscar como mejor actriz), en favor de la felicidad matrimonial. Kazumi, la geisha que acompaña a la estrella, para instruirla a fin de que adquiriera el *gei* necesario para la caracterización del personaje, es descrita por el Maestro de geishas, como un ser “excepcional”, ya que en ella se combinan la femineidad con la inteligencia (dando a entender que esa mezcla de características en una mujer la convierte en una rara avis), será la encargada de “moldear” a Lucy, hasta hacerla comprender que su posición social está “detrás de su marido”, tal como la compañera de un samurai, logrando así que el estereotipo de la geisha se imponga sobre el de “la mujer moderna”. cuya fama e independencia, son vistas como elementos que generan una ruptura provocativa de la disciplina simbólica que el género dicta.

### **3.4. Análisis de la película “Memorias una Geisha”**

Título Original *Memoirs of a Geisha*. Director: Rob Marshall. Año: 2005. Duración: 145 minutos. País: Estados Unidos. Guión: Robin Swicord (adaptación de la novela de Arthur Golden). Producción: Columbia Pictures /Dream Works / Spyglass Entertainment/ Amblin Entertainment. Género: Drama. Premios: (2005)Tres Óscar: Mejor vestuario, mejor fotografía y mejor dirección artística.

Reparto: Zhang Ziyi, Ken Watanabe, Gong Li, Michelle Yeoh, Yuki Kudo, Samantha Futerman, Suzuka Ohgo, Cary-Hiroyuki Tagawa, Kaori Momoi, Karl Yune, Randall Duk Kim, Tsai Chin y Ted Levine.

*Rob Marshall* (1960). En 2002 dirigió la adaptación del musical *Chicago*, por la cual recibió su primera nominación a los premios Óscar como mejor director. *Memoirs of a Geisha*, fue su sexta dirección fílmica.

Sinopsis: Ambientada en el Japón de la pre y posguerra, Chiyo (Suzuka Ôgo) y su hermana son vendidas por su padre a un traficante de niñas. Satsu (Samantha Futerman), la hermana mayor, es enviada a un prostíbulo y Chiyo es aceptada como ayudante de Hatsumomo (Gong Li) en la okiya Nitta. Ésta, al verla, intuye que se convertirá en su rival, por lo que comienza a atacarla. Al tratar de escapar, pierde la oportunidad de ser geisha, pero un encuentro con el Presidente (Ken Watanabe), despierta en ella el deseo de convertirse en geisha y conquistar su amor. Por mediación del Presidente, Chiyo es entrenada por Mameha (Michelle Yeoh) hasta convertirse en Sayuri (Zhang Ziyi), la geisha más codiciada del Distrito de las geishas, y es designada como la sucesora de la okiya Nitta, arrebatándole a su compañera, la geisha Calabaza (Yuki Kudo), la posibilidad de serlo. La destrucción de la okiya por parte de Hatsumomo coincide con la irrupción del Japón en la Segunda guerra mundial, con lo que la actividad del Hanamachi queda suspendida y sus geishas, ubicadas por sus protectores en sitios donde deben desempeñarse en otros oficios distintos a los del mundo de las geishas. Nobu (Koji Yakusho), el superior del Presidente, le pide a Sayuri que le ayude, con sus artes, a entretener al Coronel Derricks (Ted Levine), ya que de él depende que Nobu consiga un contrato que le volverá millonario. Sayuri accede e invita a Mameha. Casualmente se encuentra con Calabaza (que se ha transformado en una especie de prostituta) y que se une al grupo de Sayuri, quien se ve forzada por Nobu a complacer sexualmente al coronel. Finalmente consigue consumir su deseo de vivir como pareja del Presidente.

La trama continua contribuyendo a sostener la expandida idea de que la geisha no es más que una prostituta de “alto standing”, y en este caso específico, con dosis edulcoradas que la convierte en una especie de “cenicienta asiática”. Marshall se vale de los criterios de discriminación mantenidos por Golden en su libro<sup>16</sup> y los muestra de

---

<sup>16</sup>En palabras de Tomoyuki Tanaka (electronic journal of contemporary japanese studies, published at 10/01/2006), existen criterios de discriminación racial en la novela de Golden: “Three levels of deception are used in the novel to make it seem authentic and accurate. The novel is misrepresented to the reader as a work of

forma minuciosa en escenas como la de la consumación del mizuage o desfloración, o de la escena donde Sayuri tiene que ceder ante las demandas de tipo sexual del coronel Derricks, para poder ayudar a su benefactor a que obtenga el contrato que le salvará de la bancarrota. Se nos muestra a una mujer incapaz de ejercer el control de su vida que está bajo la potestad de otros (como Mameha, Okasan o Nobu). Con todo ello el discurso de la “eterna infante”, desvalida que nos presenta Marshall no se aleja demasiado de la forma de ver a la geisha de la que recibimos de Pierre Loti (aunque entre ambas haya más de cien años de diferencia). La forma en la que Marshall, construye al personaje de Calabaza, cuyas circunstancias personales la han moldeado convirtiéndola en un ser muy parecido a su hermana mayor, Hatsumomo, contribuyen al mantenimiento del estereotipo de la geisha, como objeto de placer por y para el hombre. Como elemento novedoso, la utiliza para mostrarnos la transformación sufrida por la mujer japonesa, que fue usada por el gobierno como “objeto de confort” para complacer a los ejércitos de ocupación, pero nos la muestra feliz de haber alcanzado la libertad, estando esa libertad circunscrita al hecho de usar vestidos occidentales, beber whisky y poder tocar a los hombres sin inhibiciones, pero siempre al servicio de éstos, sosteniendo así al discurso patriarcal de género. En cuanto a los aspectos formales de la imagen o locución, como es llamada en el análisis del discurso, se mezclan los elementos para reproducir una imagen de belleza que esté acorde con los parámetros occidentales con geishas, geikos y maikos que no usan los peinados autóctonos, sino una recreación de los mismos. La exhibición de la película fue prohibida en China, primeramente porque la actriz principal, Ziyi Zhang, como otras del elenco, son de ascendencia china, cosa que causó tensión en la comunidad china de internet dado que algunos usuarios se mostraron inconformes con esta decisión, especialmente porque algunos seguían confundiendo a la figura de la geisha con la de prostituta. Esta indisposición colectiva fue producto de la lectura que en China se le da a la palabra geiko (芸子) un nombre japonés para geisha usado en la región de Kinki, que incluye a Kioto. El segundo carácter se puede entender como "prostituta", aunque de hecho su significado real es “niña”. El problema surge por las distintas lecturas (significados

---

non-fiction, preceded by a “Translator's Note” by “Jacob Haarhuis, Arnold Rusoff Professor of Japanese History, New York University. Even after the reader finds out that the story is made-up, the author assures the reader of the novel's accuracy and authenticity. Golden begins his Acknowledgements as follows: “Although the character of Sayuri and her story are completely invented, the historical facts of a geisha's day-to-day life in the 1930s and 1940s are not.” Then Golden suggests that the novel closely models the life of a real person, Mineko Iwasaki, who later sued the author, as elaborated elsewhere. American reviewers praise the novel as “authentic” and “accurate”.

polisémicos), que pueden obtenerse del kanji (significante), debido a la ocupación militar japonesa, sufrida por China y el uso de mujeres chinas como esclavas sexuales durante ese período, que fueron llamadas “mujeres de confort”<sup>17</sup> por los japoneses, la sociedad china es especialmente sensible al uso del kanji de “niña”, por lo que ve como una afrenta que el personaje, que históricamente correspondería a una japonesa, sea caracterizado por una actriz china, produciendo una recreación apreciativa (el equivalente a perlocución en el análisis del lenguaje visual), que sitúa a la mujer china en la posición de prostituta. Pese a estos escollos y a una crítica desfavorecedora, la película se hizo acreedora de tres premios Óscar de la academia y recaudó en los Estados Unidos, cincuenta y siete millones de dólares y a nivel internacional ciento cincuenta y ocho millones de dólares. Por su carácter visual y su lenguaje interpretable, o al menos no tan preciso como las palabras, por su sugestiva belleza ocasional, en su caso, también por los graves carencias en materia de *visual literacy* (alfabetización visual) de la mayor parte del público espectador, el discurso plástico del cine puede reforzar, desmentir o radicalizar el guión verbal usando secuencias de imágenes para transmitir estereotipos tan políticamente incorrectos e indebidamente adoctrinadores que no podrían ser pronunciados con palabras sin generar protestas, dejando al espectador la responsabilidad de una recreación apreciativa que puede parecer menos condicionada de lo que realmente está por lo que ha visto: la ambigua y recurrente "apología" de la geisha ("*mi dulce geisha*"), que pudiera parecer un ejercicio de respeto a la diferencia cultural, ha sido utilizada en realidad por algunos directores de cine para reforzar los tradicionales estereotipos de género occidentales.

El mundo interno de las geishas, conocido como el *Karyukai* o “mundo de la flor y el sauce” en Japón, al estar circunscrito al ámbito femenino, da a veces la impresión de manejarse en claves que nos remiten a una especie de algo parecido a un "matriarcado", un espacio gobernado por mujeres, habitado por mujeres libres sin pareja masculina, sin embargo tanto los códigos por los que se rige, como por los signos y símbolos que le son propios como las formas de maquillaje y de peinado, la indumentaria, el lenguaje corporal, las expresiones artísticas ritualizadas (danza, realización de la ceremonia del té, entre otros), lo reconducen hacia la esfera de dominio masculino.

---

<sup>17</sup>Para más información ver: Espinosa, Javier. “La esclava sexual inamovible”. *El Mundo*, 29 de diciembre de 2015 y Fontdegloria, Xavier. “Japón pide perdón a Corea del Sur por las esclavas Sexuales”. *El País*, 29 de diciembre de 2015.

### Referencias Bibliográficas

- Acaso, María. *El lenguaje visual*. Barcelona: Paidós. 2006.
- Anesaki, M. *Mitología japonesa*. Barcelona: Edicomunicaciones, 1996.
- Barlés, Elena y Almazán, Vicente David (coords.). *La Mujer Japonesa. Realidad y Mito*. Zaragoza: Prensas universitarias de Zaragoza. 2008.
- Bettetini, Gianfranco. *La conversación audio-visual*. Madrid: Cátedra. 1986.
- Bornoff, Nicholas *Pink samurai. Love, marriage & sex in contemporary Japan*. New York: Pockets Books. 1991
- Bozal, Valeriana. *Mímesis: las imágenes y las cosas*. Madrid: Visor. 1987.
- Castro, Antonio. "Entrevista a J. Houston" [en línea]. *Miradas de cine*, 15 de mayo de 2014. <<http://miradasdecine.es/zeitgeist/2014/05/entrevista-john-huston.html>> [4 agosto 2016].
- Cid, Fernando. *Mujeres en la historia del teatro japonés: de Amaterasu a Minako Seki*. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I. 2012.
- Corral, Sofia. "Ciudad Juárez: la imagen del feminicidio en el cine". En Hidalgo Rodríguez, David, Cubas Martín, Noemí y Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther (coords.). *Mujeres en la historia, el arte y el cine: discursos de género, variantes de contenidos y soportes, de la palabra al audiovisual*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, pp. 123-142.
- Dalby, Liza. *Geisha*. Barcelona: Mondadori. 2000.
- Debray, Régis. *Vida y muerte de la imagen. Una historia de la mirada en Occidente*. Barcelona: Paidós. 1994.
- Deleuze, Gilles. *La imagen-tiempo. Estudio sobre cine*. Barcelona: Paidós, 1987.
- Díaz, Mario. "La imagen en la historia". *Ayer*, 1996, 24, pp. 19 y 20.
- Diccionario japonés-español. Tokio: Hakuuisha. 1992.
- Domingo, Carmen; Wasanabi, Yokoo y Arai, Keiko. *Secretos de alcoba de las geishas. El arte japonés del sexo*. Barcelona: Océano. 2006.
- Dondis, Donis. *La sintaxis de la imagen*. Barcelona: Gustavo Gili, 2003.
- Espinosa, Javier. "La esclava sexual inamovible". *El Mundo*, 29 de diciembre de 2015.
- Fuenmayor, Amalfy *Mujeres y Geishas en Japón. Relectura de la Cinematografía Norteamericana sobre la Geisha en el Último Siglo*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2016.
- Fontdegloria, Xavier. "Japón pide perdón a Corea del Sur por las esclavas Sexuales". *El País*, 29 de diciembre de 2015.

- Geoffroy- Schneiter, Berenice. *Geishas*. Madrid: AssOuline. H. Kliczkøwsk. 1983.
- Golden, Arthur. *Memorias de una geisha*. Madrid: Alfaguara. 2001.
- Gombrich, Ernest. *La imagen y el ojo*. Madrid: alianza. 1987.
- Gómez, Enrique. *El Japón heroico y galante*. España, Renacimiento. 2010.
- Guarné, Blai. “Escarnios e Injurias en la Representación de la Mujer Japonesa”. En Barlés, Elena y Almazán Vicente David. (coords.). *La Mujer Japonesa. Realidad y Mito*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2008, pp. 743-772.
- Gutiérrez, Luisa M<sup>a</sup>. “Madama Butterfly y sus fuentes: la creación de un mito”. En Barlés, Elena y Almazán, Vicente David (coords.). *La Mujer Japonesa. Realidad y Mito*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2008, pp. 879-912.
- Hearn, Lafcadio. *Japón, un intento de interpretación*. Gijón: Satori. 2009.
- *Kokoro. Ecos y nociones de la vida interior japonesa*. Madrid: Miraguano. 2009.
- Iwasaki, Mineko. *Geisha, la verdadera historia*. Madrid: Suma de letras. 2003.
- Joly, Martine. *La interpretación de la imagen: entre memoria, estereotipo y seducción*. Barcelona: Paidós. 2003.
- Kodansha, I. *Todo sobre Japón*. Tokio, 2008.
- Lanzaco, Federico. *Introducción a la cultura japonesa: pensamiento y religión*. Valladolid: Universidad de Valladolid. 2000.
- Loti, Pierre. *Madama Crisantemo*. Barcelona: Ediciones del viento. 2006.
- Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther. “Discursos y contradiscursos: Las relaciones de género en el cine”. En Hidalgo Rodríguez, David, Cubas Martín, Noemí y Martínez Quinteiro, M<sup>a</sup>. Esther (coords.). *Mujeres en la historia, el arte y el cine: discursos de género, variantes de contenidos y soportes, de la palabra al audiovisual*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, pp. 11-32.
- Metz, Christian. *Análisis de la imagen*. Barcelona: Ediciones Buenos Aires. 1982.
- Mirzoeff, Nicholas. *Una introducción a la cultura visual*. Barcelona: Paidós. 2002.
- Moles, Abraham A. *La imagen, comunicación funcional*. México: Trillas. 1991.
- Nakamura, Kiharu. *Vida de una geisha*. Barcelona: Mondadori. 2001.
- Panofsky, Erwin. *El significado de las artes visuales*. Madrid: Alianza, 1979.
- Progoff, I. *La psicología de Jung y su significación social*. Buenos Aires: Paidós, 1967.
- Rodríguez de la Flor, Fernando. *Emblemas. Lecturas de la imagen simbólica*. Madrid: Ed. Alianza Forma, 1995.

Van Gulik, Robert. *La vida sexual en la antigua China*. Madrid: Siruela, 2005.

Vilches, Lorenzo. *La lectura de la imagen*. Barcelona: Paidós. 1990.

Villafañe, Justo. *Introducción a la teoría de la imagen*. Madrid: Pirámide, 2006.

**O DISCURSO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS  
E DA IGUALDADE DE GÊNERO PELOS LÍDERES CATÓLICOS  
E EVANGÉLICOS NO BRASIL**

**THE INTERNATIONAL DISCOURSE ON HUMAN RIGHTS  
AND GENDER EQUALITY BY CATHOLIC  
AND EVANGELICAL LEADERS IN BRAZIL**

Larissa Maria de Queiroz  
*Universidad de Salamanca*

**Resumo:** Apesar da democracia e da atual Constituição do Brasil não impede que as ideias dos mais numerosos grupos religiosos brasileiros continuem com uma estrutura hierárquica e patriarcal sempre discriminatória com as mulheres dentro do próprio aparelho e tradição religiosa, embora em diferentes graus de acordo com cada caso. Isto tem um grande impacto, tanto social quanto ideológico, dentro do poder executivo e no poder legislativo, onde eles exercem uma influência conservadora e / ou reacionária em determinadas áreas, o que não é invisível o impacto sobre o declínio da igualdade nas relações de gênero, que é exigido e promovido pela sociedade internacional nucleada pela ONU. Apesar de o Brasil ter ratificado entre outras convenções internacionais, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) e ter feito o mesmo com seu Protocolo Facultativo em 13 de Março de 2001. Líderes estabelecidos ou militantes das grandes famílias cristãs brasileiras hoje apresentam tradicionais discursos ou contra discursos pós-machistas. Enquanto isso, grupos religiosos se infiltram no aparelho do poder político, movendo-se nos cargos eleitorais com propostas e modelos de subordinação das mulheres, muitas vezes neutralizando, distorcendo ou desprezando, e abertamente, o discurso internacional de direitos humanos, que é constantemente permeada por demandas feministas que lutam por direitos sexuais e reprodutivos no Brasil.

**Palavras chave:** Direitos Humanos, Gênero, Líderes religiosos, Política Discurso.

**Abstract:** Despite democracy and the current Constitution of Brazil does not prevent the ideas of the numerous Brazilian religious groups continue with a hierarchical and patriarchal structure always discriminatory to women within the device itself and religious tradition, though in different degrees according to each case. This has a great impact, both social and ideological, within the executive and the legislature, where they exert a conservative influence and / or reactionary in certain areas, which is not invisible impact on the decline of equality in gender relations , which is required and promoted by international society nucleated by the ONU. Although Brazil has ratified among other international conventions, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) and have done the same with its Optional Protocol on 13 March 2001 established leaders or militants of the great Brazilian Christian families today have traditional speeches or against post-chauvinistic speeches. Meanwhile, religious groups infiltrating the apparatus of political power, moving in electoral positions with proposals and women subordination models, often neutralizing, distorting or disregarding, and openly, the international discourse of human rights, which is constantly pervaded by feminist demands that fight for sexual and reproductive rights in Brazil.

**Keywords:** Human Rights, Genre, Religious leaders, Policy, Speech.

## 1. Introdução

Os processos de modernização ocidental são caracterizados pela democratização, a industrialização, a secularização e a mobilidade social de promover uma separação do governo com a igreja ou religião considerada oficial. Embora nas sociedades ocidentais modernas, a igreja tenha perdido muito da sua força política, a sua influência está longe de ter se esgotado, pois em alguns países ainda é muito significativa, como é o caso do Brasil<sup>1</sup>.

No século XIX, na época do Império no Brasil, a Igreja Católica era considerada a religião oficial do Estado, de acordo com a Constituição de 1824, Conforme Freston<sup>2</sup>, a primeira Constituição impedia a participação política de não católicos, exigindo que o ocupante de cargos públicos jurasse “manter a religião católica”, porém somente após o advento da República e o decreto promovido pelo intelectual e um político republicano chamado Rui Barbosa de Oliveira, em 07 de janeiro de 1890, foi que o Brasil optou pela separação da igreja-estado e nasceu a Constituição de 1891, inspirada em grande parte por ele, assim como as demais constituições brasileiras do século XX. É o caso da Constituição de 1934, que, apesar da “confiança em Deus”, expresso no preâmbulo, pela pressão dos componentes tradicionais católicos, proprietários de terras, padres católicos e homens de negócios conservadores, o art.114, § 5º do seu texto constitucional estabeleceu a liberdade religiosa.

Assim como ocorreu na Constituição de 1946, que, ao invocar “proteção divina”, estipulou a separação da igreja e estado no seu art. 31, inciso III, que, por conseguinte, tal estado não confessional também não foi renunciado pela então seguinte Constituição 1967-1969.

A atual Constituição Brasileira de 1988, considerada a mais democrática que o Brasil já teve, ainda na sua promulgação, utilizou-se de mencionar no preâmbulo sob a “proteção de Deus”, ainda repetindo uma expressão tradicional no seu bojo, apesar de seu texto constitucional proibir expressamente aos Estados Federados qualquer vínculo ou aliança com a Igreja, ou até mesmo uma relação de dependência, conforme previsto no seu art.19, inciso I.

---

<sup>1</sup> Monteiro, Paula. “Max Weber e os dilemas da secularização: o lugar da religião no mundo contemporâneo”. *Novos Estudos Cebrap*, 2003, 65, pp. 34-44.

<sup>2</sup> Freston, Paul. *Evangélicos na política do Brasil: História ambígua e desafio ético*. Curitiba: Encontro, 1994.

Tal vedação também encontrou respaldo em outro dispositivo, previsto no Capítulo I, que trata sobre "os direitos e deveres individuais e coletivos" como a liberdade de consciência, crença, consciência e religião, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, proibindo privar qualquer dos direitos por causa de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, "salvo se as invocar para eximir obrigação legal a todos imposta ou recusa-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei".

Assim, longe de acabar com as crenças religiosas, o laicismo estatal, consolidado no século XX, favoreceu a liberdade religiosa e de cultos, e amparou o pluralismo religioso, que é amplamente notório no Brasil do século XXI. Apenas 7,4% de cidadãos se declaram não religiosos, ateos ou agnósticos. No início da última década, um número impressionante de 123 milhões de brasileiros se declarava ainda católicos, porém, para a preocupação do Vaticano, está claro este retrocesso.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 1970 os católicos constituíam 92% da população, em 2000 eram 73,6% e em 2010 haviam passado para 65%. Ultimamente tem aumentado os espíritas, em 2010 tinha 3,8 milhões de adeptos no Brasil, ou seja, 1,9% da população, e os seguidores das religiões afro-brasileiras do Candomblé e da Umbanda, que passavam de seis milhões, e de crentes de 2000 a 10 milhões em 2010. Os crentes são os que têm crescido de forma mais visível, pertencem aos diferentes grupos de protestantes, principalmente os pentecostais e evangélicos, devido a influência estadunidense, passando as diferentes famílias protestantes dos 26 milhões em 2000 a 42 milhões em 2010<sup>3</sup>.

Vale ressaltar que, apesar de o Brasil viver um Estado democrático de direito que seja regido por uma Constituição que traz em seu artigo quinto, um importante princípio como a igualdade entre homens e mulheres, não impede que uma grande maioria de religiosos permita dentro de suas igrejas uma estrutura hierárquica e patriarcal sempre discriminatória com as mulheres.

As tradições religiosas sempre tiveram um grande impacto social e ideológico, seus líderes que entraram na bancada parlamentar costumam exercer uma influência ainda conservadora que impactam num declínio da igualdade nas relações de gênero, que é uma das principais preocupações da ONU, que vem pactuando com o Brasil entre

---

<sup>3</sup> Protestante Digital. Brasil: evangélicos crecen el 61% en 10 años [em linha] s.d.<[http://protestantedigital.com/internacional/27646/Brasil evangélicos crecen el 61 en 10 antildeo](http://protestantedigital.com/internacional/27646/Brasil%20evangelicos%20crecen%20el%2061%20en%2010%20años)> [22 abril 2016].

outras convenções internacionais, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.

A Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi adotada pela Assembléia Geral em 18 de dezembro de 1979, e entrou em vigor em 3 de setembro de 1981. Ela dispunha aos países participantes o compromisso do combate a todas as formas de discriminação para com as mulheres. Em 06 de outubro de 1999, foi adotado, em Nova York, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. O protocolo determina a atuação e define as competências do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher na recepção e análise das comunicações recebidas pelos países que fazem parte. O protocolo somente foi aprovado pelo Brasil em 06 de junho de 2002, por meio do decreto legislativo no. 107. Sua promulgação se deu em 30 de julho de 2002, por meio do decreto no. 4.316<sup>4</sup>.

Apesar de o Brasil formalmente colaborar com a inserção da mulher aderindo a pactos internacionais e criando leis de maior garantia e proteção às mulheres, famílias cristãs brasileiras ainda hoje apresentam tradicionais discursos machistas ou fundamentalistas. Não deve ser desprezível a ideia que estes discursos podem ser reflexos de centros religiosos estrangeiros que desenvolvidos com a colaboração local transmitiram à sociedade sua forma tradicional de organização e militância.

Dadas às dimensões discursivas sobre a igualdade de gênero e os direitos humanos das mulheres no Brasil nos últimos tempos, e o correspondente surgimento de grupos religiosos na política, com um interesse sócio-político inquestionável, torna-se a pesquisa importante para debater o papel desempenhado por estes políticos que, muitas vezes, defendem suas posições cristãs, que são reflexos da sua própria estrutura interna.

Neste artigo não poderia, dado o tamanho do Brasil e as diferenças na política e na religiosidade dos diferentes estados brasileiros, cobrir toda a realidade nacional. Portanto, no interesse da eficiência, o estudo abordará apenas o discurso sobre os direitos humanos e da igualdade de gênero, na política legislativa federal com a contribuição direta ou indireta de líderes religiosos católicos e evangélicos.

---

<sup>4</sup> Observatório Brasil da igualdade de gênero. O Comitê CEDAW [em linha] <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/internacional/instancias-regionais/o-comite-cedaw-2013-comite-para-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contra-a-mulher>> [09 agosto 2016].

## 2. Política e religião no Brasil

No Brasil, desde o período colonial, em 1500 a Igreja acompanha a história política do país, trazendo um modelo de religião Católica. Naquela época, a Igreja Católica já funcionava como instrumento de dominação social e política. Em 1840, nasce no Brasil um período conhecido como romanização do Catolicismo, em que a Igreja se vinculava as ordens do Papa, e é também neste período em que nasce a disciplina catolicismo romano para a formação do Clero.

Em 1922, o Brasil vivencia uma atuação da Igreja na política, com a colaboração do Estado. Já a Constituição de 1934 demonstra com nitidez o elo do Estado e a Igreja, quando normatiza a instituição do ensino religioso nas escolas públicas e a presença de capelães nas Forças Armadas. Entre os anos de 1950 a 1960, a Igreja se afasta um pouco do regime do Estado Novo para atuar em defesa dos interesses da sociedade, como a questão do desenvolvimento, e em defesa dos direitos humanos e das liberdades democráticas.

Nos anos entre 1970 e 1978, a Igreja atua junto ao Estado nas áreas econômicas e políticas, colaborando, sobretudo no processo de transição para a democracia, ou seja, interagindo simultaneamente com a sociedade civil e com a sociedade política, no processo de negociação com a arena estatal para o restabelecimento da democracia no país<sup>5</sup>.

Com uma participação em defesa dos direitos humanos e da sociedade civil, é que a igreja, entre os anos de 1986 e 1988, começou a ocupar um lugar de destaque em favor das demandas populares, participando do processo constituinte para a criação da atual carta magna do país, mobilizando-se em favor de emendas populares à Constituição, como dando ênfase às políticas sociais e a formação de um Estado democrático de direito<sup>6</sup>.

## 3. Bancada Parlamentar Evangélica e Católica

Na década de 1980, com a redemocratização do país e a elaboração da nova Constituição Federal em 1988, marca um período no qual diversos grupos sociais buscam garantir seus direitos civis. A bancada parlamentar evangélica eleita pela

---

<sup>5</sup> Stepan, Alfred. *Os militares: da abertura à Nova República*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

<sup>6</sup> Azevedo, Dermi. "A Igreja Católica e seu papel político no Brasil" [em linha]. *Estud. Av.*, 2004, 18. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000300009>> [9 agosto 2016].

Assembleia Nacional Constituinte nas eleições de 1986, constituiu de 34 parlamentares evangélicos<sup>7</sup>.

O cenário político abrange lideranças católicas e evangélicas, principalmente na bancada parlamentar. Como demonstra Mariano<sup>8</sup>, “a concorrência entre católicos e evangélicos, antes restrita ao campo religioso, migrou para a esfera midiática e política”. Estes religiosos ampliaram seus valores à sociedade brasileira, levaram ao Congresso justamente aqueles valores que estavam limitados a seus templos.

Assim, o discurso político sobre direitos humanos e igualdade de gênero pelos evangélicos limitou bastante outros movimentos sociais, por serem contrários às suas convicções de vida, como os grupos de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros, a regularização do casamento homoafetivo na nova constituição.

Atualmente o Congresso vem promovendo discussões acaloradas sob o pretexto da ameaça à liberdade de expressão e religiosa que, uma vez sendo o projeto aprovado, traria aos grupos religiosos contrários à prática homossexual, o direito de se expressarem.

Campos, deputado, que é presidente da Frente Parlamentar Evangélica, foi autor de várias discussões no Congresso que fere principalmente as liberdades individuais, tais como:

Projeto apelidado de "cura gay" - Projeto de Decreto Legislativo 234/2011, como se ser gay fosse uma doença, intencionalmente apelava que os profissionais da psicologia tratassem a homossexualidade, caso fosse solicitados os seus serviços.

Discute sobre a aprovação da PEC 99/2011, que é contrária a laicidade do Estado ao permitir que entidades religiosas tenham legitimidade para questionar atos do Poder Legislativo.

Defende a aprovação do Estatuto do Nascituro, que, entre outras coisas, proíbe a defesa da legalização do aborto.

Ademais, a bancada evangélica tem conseguido levar adiante a discussões sobre projetos normativos extremamente conservadores:

Como o Estatuto da Família, o PL 6.583/2013, que reconhece a família apenas como a entidade "formada a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou de união estável".

---

<sup>7</sup> Trevisan, Janine Bendorovicz. “Evangélicos pentecostais na política partidária brasileira: de 1989 a 2010”. Anais do IV Encontro Nacional do GT História das religiões e das religiosidades, ANPUH, Memória e Narrativas nas Religiões e nas Religiosidades [em linha]. *Revista Brasileira de História das Religiões*, 2013, 15. <<http://www.dhi.uem.br/gtreligiao/pub.html>> [9 agosto 2016].

<sup>8</sup> Mariano, Ricardo. “Laicidade á brasileira. Católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública”. *Revista Civitas*, 2011, 11, 2, pp. 238-258.

A PEC 171/1993, que usa passagens bíblicas para justificar a redução da maioria penal.

Eduardo Cunha, pastor evangélico, e ex-presidente da Câmara dos Deputados, foi autor do PL 5.069/2013, criou uma série de empecilhos para os direitos humanos e constitucional das mulheres que foram vítimas de violência sexual para realizarem aborto na rede pública de saúde. Também foi nesta legislatura que a bancada conseguiu barrar o trecho que trata do ensino da ideologia de gênero nas escolas no Plano Nacional de Educação.

De acordo com Magali Cunha<sup>9</sup>, “o movimento de protagonismo da bancada evangélica em direção ao conservadorismo é um capítulo recente da história do parlamento brasileiro”. Os movimentos feministas, de homossexuais e dos Direitos Humanos vêm sofrendo esta resistência também por parlamentares católicos, formando uma espécie de aliança religiosa contra a aplicação dos direitos humanos.

Vale ressaltar que os grupos de evangélicos e católicos não possuem ideologias homogêneas em todas as questões, mas são sólidos no que se refere aos princípios defendidos pela doutrina cristã. Após ser criado o Comitê de Gênero, o Ministério da Educação cedeu às pressões da bancada religiosa e o alterou para o inespecífico Comitê de Combate à Discriminação. O Comitê só foi aprovado com a retirada da palavra “gênero” do documento. Após a alteração, porém, suas responsabilidades relacionadas a questão de gênero foram extintas e as normas passaram a ser relacionadas à “igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Uma comitiva formada por quatro deputados da bancada católica se reuniu com o ministro Renato Janine Ribeiro para criticar a criação do Comitê de Gênero. Mais tarde, os fundamentalistas foram reclamar no palácio, quando, mais uma vez, o Governo ordenou recuar. O Ministério da Educação não conseguiu explicar o motivo da alteração. Foi neste contexto que se deu a criação de um Comitê de Combate à Discriminação, que centralizou todas as ações políticas nessa área<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Chagas, Tiago. “Bancada evangélica conquista protagonismo e já influencia políticos católicos” [em linha]. s.d. <<https://noticias.gospelmais.com.br/bancada-evangelica-influencia-politicos-catolicos-76326.html>> [05 agosto 2016].

<sup>10</sup> Castro, Grasielle. “Ministério da Educação cede à pressão de religiosos e destitui o Comitê de Gênero” s.d. [em linha]. <[http://www.brasilpost.com.br/2015/09/23/mec-comite-genero\\_n\\_8184294.html](http://www.brasilpost.com.br/2015/09/23/mec-comite-genero_n_8184294.html)> [10 agosto 2016].

#### 4. Conclusão

A liderança cristã atuante na política brasileira vem ocupando cargos políticos nacionais de destaque, com um discurso marcado por sua formação religiosa. Por mais que o Brasil seja signatário de Convenções Internacionais de Direitos Humanos, por mais que a constituição e leis nacionais expressamente normatizem a separação entre os campos político e religioso, a interação entre os mesmos é extremamente presente.

Essa interação que existe entre religião e política, no Brasil, superam diferentes períodos e contextos, fazendo com que retarde ou dificulte as lutas sociais pelos direitos das minorias, ou fazendo com que estes direitos não sejam cumpridos, ou ainda que a interpretação ou criação de normas seja marcada com um tradicionalismo cristão que fere os direitos humanos.

Os evangélicos que crescentemente ocupam o parlamento discursam ações políticas pautadas apenas numa dimensão moral e religiosa, aliando-se com cristãos católicos que também possuem atitudes e opiniões conservadoras, formando, portanto, um elo resistente às novas concepções de direito, o que inviabiliza políticas de igualdade, como a questão de gênero. Tal vínculo permite que o poder tradicional como a prestação de favores e autoritarismo ainda se revelem muito presentes.

Neste sentido destaco que a atuação política deve ser separada da atuação religiosa. Que os líderes religiosos que optam por um engajamento político possam atuar amplamente, favorecendo os mais diferentes atores sociais, priorizando as normas que expressamente garantem os chamados direitos das minorias, como as quotas para as mulheres na política, as quotas para negros e índios em Universidades, que seu discurso possa abranger e está de acordo com as normas internacionais, principalmente quando versarem sobre direitos humanos. Para que não ajam discursos díspares nem violações ao ordenamento jurídico até então vigente.

#### Referências Bibliográficas

Azevedo, Dermi. “A Igreja Católica e seu papel político no Brasil” [em linha]. *Estud. Av.*, 2004, 18. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000300009>> [9 agosto 2016].

Castro, Grasielle. “Ministério da Educação cede à pressão de religiosos e destitui o Comitê de Gênero” s.d. [em linha].

<[http://www.brasilpost.com.br/2015/09/23/mec-comite-genero\\_n\\_8184294.html](http://www.brasilpost.com.br/2015/09/23/mec-comite-genero_n_8184294.html)> [10 agosto 2016].

Chagas, Tiago. “Bancada evangélica conquista protagonismo e já influencia políticos católicos” [em linha]. s.d. <<https://noticias.gospelmais.com.br/bancada-evangelica-influencia-politicos-catolicos-76326.html>> [05 agosto 2016].

Freston, Paul. *Evangélicos na política do Brasil: História ambígua e desafio ético*. Curitiba: Encontro, 1994.

Mariano, Ricardo. “Laicidade á brasileira. Católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública”. *Revista Civitas*, 2011, 11, 2, pp. 238-258.

Monteiro, Paula. “Max Weber e os dilemas da secularização: o lugar da religião no mundo contemporâneo”. *Novos Estudos Cebrap*, 2003, 65, pp. 34-44.

Observatório Brasil da igualdade de gênero. O Comitê CEDAW [em linha] <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/internacional/instancias-regionais/o-comite-cedaw-2013-comite-para-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contra-a-mulher>> [09 agosto 2016].

Protestante Digital. Brasil: evangélicos crecen el 61% en 10 años [em linha]. <[http://protestantedigital.com/internacional/27646/Brasil\\_evangelicos\\_crecen\\_el\\_61\\_en\\_10\\_antildeos](http://protestantedigital.com/internacional/27646/Brasil_evangelicos_crecen_el_61_en_10_antildeos)> [22 abril 2016].

Stepan, Alfred. *Os militares: da abertura à Nova República*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

Trevisan, Janine Bendorovicz. “Evangélicos pentecostais na política partidária brasileira: de 1989 a 2010”. Anais do IV Encontro Nacional do GT História das religioes e das religiosidades, ANPUH, Memória e Narrativas nas Religiões e nas Religiosidades [em linha]. *Revista Brasileira de História das Religiões*, 2013, 15. <<http://www.dhi.uem.br/gtreligiao/pub.html>> [9 agosto 2016]



## **FORO SOCIAL MUNDIAL Y FEMINISMOS: ALIADOS PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO**

### **WORLD SOCIAL FORUM AND FEMINISMS: ALLIES FOR THE DEFENSE OF HUMAN RIGHTS FROM THE GENDER PERSPECTIVE**

Lorena García Saiz  
*Universitat Jaume I*

**Resumen:** El Foro Social Mundial (FSM), nacido a principios del siglo XXI, surgió como espacio de encuentro de diversos movimientos sociales, todos ellos unidos bajo la premisa de buscar alternativas al sistema neocapitalista globalizador que atenta en muchas ocasiones contra los derechos humanos, entre ellos la igualdad. Concretamente, los Feminismos – y de manera especial los poscoloniales- han apostado por estar desde sus inicios en el FSM, tratando de que la perspectiva de género se convierta en el elemento central que potencie y encabece el cambio hacia una sociedad más justa e igualitaria.

Por ello, y pese a que los Feminismos han detectado en el seno del FSM ciertas actitudes patriarcales, no dudan en seguir en él ya que lo consideran un excelente modo de establecer alianzas con otros movimientos y, al mismo tiempo, denunciar las acciones heterocéntricas y reeducar desde la óptica de género, lo que contribuye a la defensa de los derechos humanos de todas las personas.

De este modo, se realiza un repaso del Foro desde la óptica de género, para analizar las estrategias que realizan los movimientos feministas a través de los Diálogos Feministas - reuniones previas a las diversas ediciones del FSM- y la participación constante en cada edición del Foro, que han supuesto pequeños avances hacia esa ansiada igualdad, que beneficia tanto a mujeres como a hombres.

**Palabras clave:** Foro Social Mundial, Género, Capilaridad, Derechos Humanos, Feminismos poscoloniales.

**Abstract:** The World Social Forum (WSF), which it was born at the beginning of the twenty-first century, emerged as meeting space for various social movements, all of them united under the premise of seeking alternatives to the neo-capitalism - system that globalizing attentive on many occasions against human rights, including equality.

Specifically, Feminisms - and in a special way the postcolonial - have opted for be since its inception at the WSF, trying that the gender perspective is to become the central element to boost and lead the change toward a more just and egalitarian society.

For this reason, and despite the fact that the Feminisms have detected within the WSF certain patriarchal attitudes, do not hesitate to follow him because they consider him to be an excellent way to establish alliances with other movements and, at the same time, denounce the heterocentral actions and re-educate from the perspective of gender, which contributes to the defense of the human rights of all persons.

In this way, we performed a review of the Forum from the perspective of gender, to analyze the strategies that made feminist movements through the Dialogs Feminists - meetings prior to the various editions of the WSF- and the constant involvement in each edition of the Forum, who have course small progress toward that desired equality, which benefits to both women and men.

**Keywords:** World Social Forum, Gender, Capilarity, Human Rights, Feminisms postcolonial.

### **1. Introducción. El Foro Social Mundial (FSM): significado, funciones y ediciones**

El patriarcado y el capitalismo se han configurado como dos macrorrealidades que cercenan y limitan los derechos económicos, sociales y culturales de gran parte de la población, especialmente de las mujeres, que sufren las desigualdades en mayor medida por razón de su sexo, por lo que se habla de la “feminización de la pobreza”. Ante la situación de desigualdad social que reina en el planeta, fruto de la globalización neoliberal, surgen espacios de encuentro para hacer frente a este aspecto, como es el caso del Foro Social Mundial (FSM). Desde que se inició en 2001 en Porto Alegre (Brasil), se ha comprobado cómo cada vez son más las personas y entidades que creen que “Otro mundo es posible” –tal y como reza su lema-, y que apuestan por la democracia participativa y la importancia de los movimientos sociales como motor para cambiar determinadas actuaciones del ámbito social, político, y mediático.

El Foro Social Mundial (FSM) se define como un espacio democrático de debate de ideas, de análisis y reflexión, de formulación de propuestas, de intercambio de experiencias y de articulación de los movimientos sociales, redes, ONGs y otras organizaciones de la sociedad civil, que se oponen al neoliberalismo y a la dominación del mundo por el capital y por toda forma de imperialismo.

EL FSM es plural y diverso. No es confesional, ni gubernamental, ni partisano. Propone facilitar la articulación y la descentralización, en forma de redes, de asociaciones y de movimientos comprometidos, tanto a nivel local como internacional, para construir otro mundo a través de acciones concretas, sin pretender encarnar una instancia representativa de la sociedad civil mundial. El Foro no es una asociación ni una organización y se impulsó en 2001 como una alternativa al Foro Económico de Davos -cita anual realizada en los Alpes suizos y promovido por los empresarios de los países ricos, de las instituciones financieras internacionales y las grandes empresas transnacionales-. Se basa en el respeto a los derechos humanos, la democracia, la justicia social, la igualdad y la soberanía de los pueblos, y sirven también para establecer nuevas alianzas definiendo nuevas campañas y objetivos políticos.

La organización del FSM se compone de tres ejes: los comités organizadores de cada acontecimiento anual (con carácter ejecutor), el Consejo Internacional (CI), - con carácter deliberativo y que marca las líneas políticas del Foro- y la Secretaría del FSM, de carácter básicamente administrativo. Tiene una Carta de Principios que se debe respetar, es el paraguas en el que se amparan las diversas posiciones que confluyen

en el Foro y común denominador de la “búsqueda y construcción de alternativas a la globalización neoliberal del capitalismo”, según subraya Calvo<sup>1</sup>.

Esta investigación sobre el FSM y la presencia, papel y evolución de los Feminismos en su seno se centra aproximadamente en su primera década de vida. Hasta la fecha el Foro ha realizado más citas mundiales, se abre pues la posibilidad de seguir ahondando y ampliando en un futuro las reflexiones y conclusiones que aquí se presentan.

Los tres primeros Foros (2001,2002 y 2003), realizados en Porto Alegre (Brasil), tuvieron gran acogida. Vivas subraya que “a pesar de la numerosa presencia de mujeres y jóvenes, éstas contaron con muy poca visibilidad y peso político”<sup>2</sup>.

En 2004 se realizó en Mumbai (India) y fue un punto de inflexión con la inclusión de nuevos temas y realidades y la internacionalización y desoccidentalización del Foro. Centenares de activistas, la mayoría indios y de los sectores excluidos (mujeres, *dalit* –según el sistema de castas de la India es lo que se conoce como un paria o intocable-, campesinos/as,...), mostraron su rechazo a la globalización en las calles. Por ello, Vivas comenta que “las propias características y problemáticas indias obligaron a la inclusión de nuevos temas como la cuestión de la exclusión y la dignidad”<sup>3</sup>, fortaleciendo vínculos entre lo local y lo global. Además, en este IV FSM las reivindicaciones de género comenzaron a adquirir más peso gracias a la labor previa a esta cita mundial realizada en los Diálogos Feministas (DF), consistente en una serie de reuniones de diversas entidades feministas donde decidieron las acciones y temas a tratar en dicho Foro. Los DF se han ido sucediendo en posteriores citas del FSM.

En 2005 regresó nuevamente a Porto Alegre, en 2006 se realizó un foro policéntrico en tres zonas diferentes del mundo: Caracas (Venezuela), Bamako (Malí) y Karachi (Pakistán), abordando lo global desde lo local y viceversa. A partir de entonces se empieza a detectar cierto agotamiento de la fórmula inicial. En 2007 se realizó en Nairobi (Kenia), fue un Foro muy institucionalizado y poco orientado a la acción y

---

<sup>1</sup> Calvo, Jorge. “El Foro Social Mundial: qué es y cómo se hace” [en línea]. Julio 2007, p. 37. <<http://www.comitesromero.org/jornadas/lleida2008/documentos/viernes4juliocdocumentos/elfsmqueesycomosehacejordi%20calvorufanges.pdf>> [20 octubre 2013].

<sup>2</sup> Vivas, Esther., et al. (coords.) *Mumbai (Foro Social Mundial 2004). Balance y perspectivas de un movimiento de movimientos*. Barcelona: Icaria, 2004, p. 11.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 12.

supuso “un contraejemplo de cómo debería ser el FSM”, según destaca Antentas<sup>4</sup>. En ese momento se decidió que el FSM tuviera lugar cada dos años.

El 2009 fue el turno nuevamente de Latinoamérica en Belem (Brasil), con gran peso de las ONGs, 2011 en Dakar (Senegal), influido por las revueltas de la “Primavera árabe”, y 2013 tuvo lugar en Túnez, como consecuencia de la germinación y desarrollo de ésta.

## **2. Presencia, papel y evolución de los Feminismos en el FSM**

Desde sus inicios los Feminismos han estado presentes exponiendo sus reivindicaciones, compartiendo experiencias y trabajando en la creación de estrategias pero, a fecha de hoy, todavía sigue habiendo una jerarquización de otras cuestiones que se consideran más urgentes y prioritarias que el género, como es el caso del imperialismo, la desocupación o la pobreza.

Numerosos documentos recogen la palabra “género” pero no es el hilo conductor de las principales preocupaciones. Además, pese a la activa participación de las mujeres mediante propuestas dialogadas y toma de decisiones horizontal y democrática, la lucha por la igualdad acaba dejándose generalmente en manos de las mujeres participantes.

Por tanto, a nivel formal hay consideración hacia la perspectiva de género, pero en el plano de lo real, se consideran “temas de mujeres”, tratados por y sólo para mujeres. Esto revela el trasfondo patriarcal que subyace en el FSM, motivo principal de este artículo.

Como ejemplo, hay que resaltar que menos del 7% de las entidades que conforman el Consejo Internacional del FSM son organizaciones que trabajan directamente con cuestiones de género y están vinculadas a movimientos feministas. Esta escasa participación en sus altas instancias revela como el poder androcéntrico sigue excluyendo a las mujeres, pese a que el discurso del Foro abogue por la justicia y la igualdad social representativa. Aun así, los Feminismos consideran necesario estar presentes en esta cita alzando su voz y aunando su experiencia local a la experiencia global del Foro Social Mundial. Concretamente, Vargas resalta que el Foro

---

<sup>4</sup> Antentas, José M<sup>a</sup>. “El proceso del FSM en África: Una dinámica de arriba abajo”. En Toussaint, Éric *et al.* (eds.). *El futuro del Foro Social Mundial. Retos y perspectivas después de Nairobi*. Barcelona: Icaria, 2008, p. 64.

Es un espacio que si bien arrastra aún muchas de las incongruencias y debilidades de los movimientos y los impactos de las fuerzas hegemónicas, es indudablemente un espacio donde se está alimentando y potenciando las perspectivas de una nueva hegemonía que traen los movimientos sociales<sup>5</sup>.

Asimismo, uno de sus grandes logros ha sido la creación de redes, campañas y articulaciones para luchar contra el imperialismo y el capitalismo feroz, ya que existe la necesidad de espacios de movilización en una experiencia mundial que Whitaker define como “plaza pública”<sup>6</sup>.

Otro punto por el que trabaja el FSM es reconocer que el poder no está solo en el espacio público, sino que abarca todas las dimensiones de la vida social y personal, abriendo otros espacios de lucha para modificar las relaciones de poder en el ámbito de lo privado, en las relaciones personales y sexuales y en la transformación de la vida cotidiana. Confronta así la tajante separación entre la esfera pública como espacio de dominio masculino, y la esfera privada como espacio de dominio de las mujeres.

Los Feminismos han contribuido a estos logros y reflexiones mediante su presencia en las diversas ediciones del Foro, ya que están aportando nuevas perspectivas y categorías democráticas radicales que giran alrededor de la “economía del cuidado”- el espacio donde la fuerza de trabajo es reproducida y mantenida, como son las tareas domésticas, cuidado de niñez, de personas enfermas y discapacitados, etc.-. Ello implica también una economía ecológica- que priorice la armonía con la naturaleza y no su destrucción, alimentado también el concepto del “Buen Vivir” que promueve la ecofeminista hindú Vandana Shiva, entre otras figuras destacadas-. Se podrá llevar a cabo cuando las necesidades del cuidado no sean factor de desigualdad y con la integración de la ética del cuidado a la ética de la justicia.

Por tanto, el FSM estimula la práctica de una democracia real y participativa mediante la autogestión, la diversidad, la pluralidad y el consenso, y ahí es donde los Feminismos -especialmente los poscoloniales- aportan desde sus experiencias muchas

---

<sup>5</sup> Vargas, Gina. “Pistas para pensar algunas dimensiones de la nueva hegemonía. Seminario Dez anos depois” [en línea]. Enero 2010. <<http://seminario10anosdepois.wordpress.com/2010/01/13/pistas-para-pensar-algunas-dimensiones-de-la-nueva-hegemonia/>> [12 mayo 2014].

<sup>6</sup> Whitaker, Chico. “Procurando entender o FSM dez anos depois. Seminari Dez alos depois” [en línea]. Enero 2010. <<http://seminario10anosdepois.wordpress.com/2010/01/21/procurando-entender-o-fsm-dez-anos-depois/>> [5 mayo 2014].

de las ideas que el Foro defiende, buscando nuevos modos de ver el mundo, que dejen atrás visiones neocapitalistas que mantienen mecanismos de poder y opresión, silencio y exclusión.

### **3. Feminismos poscoloniales, claves en la inclusión del género en el FSM**

Como se subrayaba anteriormente, los Feminismos poscoloniales en el FSM son esenciales para avanzar hacia otro mundo posible. Su reconocimiento rompe con la mirada que el Norte impone como única y unificadora y valora las aportaciones de los movimientos del Sur y de las diferencias en la transformación del modelo global dominante, respetando su voz.

Y es que a veces se cae en la perversión de analizar las consecuencias de la globalización capitalista y neoliberal desde una óptica etnocéntrica y excluyente. Es decir, que los propios países que han promovido la situación de desigualdad e injusticia social que envuelve al mundo, especialmente a las mujeres -los Estados del Norte, occidentales y desarrollados- sean los que analicen las causas y consecuencias de sus actuaciones y propongan soluciones para ellos mismos, no teniendo en cuenta la mirada de los países del Sur ni respetando que éstos tengan voz y derecho a ejercerla.

Hay que reconocer la labor de empoderamiento de las mujeres que los Feminismos de América Latina y el Caribe ejercieron en los años 80 y 90 ante la creciente dominación del discurso capitalista y globalizador, que reducía a las mujeres de estas zonas a meras receptoras de ayudas de gobiernos, instituciones y ONGs como “garantes” de sus derechos, invisibilizándolas y dificultando su empoderamiento real.

Esta concienciación provocó que movimientos como la Red de Mujeres Transformando la Economía (REMTE), la Articulación Feminista Marcosur (AFM) o la Marcha Mundial de las Mujeres (MMM se implicaran en el Foro, y al mismo tiempo, participaran junto con otras entidades en los “Diálogos Feministas” (DF) previamente a la celebración de diversas ediciones del FSM. En este espacio de reunión, las redes internacionales de mujeres han podido debatir, intercambiar experiencias y fomentar nuevas relaciones con otros movimientos sociales. Además, los DF han contribuido a construir otro tipo de internacionalismo feminista a través de su atención concreta a cuestiones de interés para las mujeres pobres y marginadas, como señala Conway<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Conway, Janet. “Activist knowledges on the anti-globalization terrain: transnational feminisms at the World Social Forum”. *A journal for and about social movements Article*, 2011, 3, 2, p. 43.

Asimismo, cabe recordar que Mohanty sentó las bases de los Feminismos poscoloniales con su artículo *Bajo los ojos de Occidente: Academia feminista y discurso colonial* (1984). Identificaba mecanismos perpetuadores de estrategias coloniales que calaban en las categorías analíticas de mujer y las representaba como víctimas del sistema patriarcal. La autora exige considerarlas como sujetos de acción política, constreñidos por estructuras de dominación como el racismo, la pobreza o el género. Posteriormente, Mohanty revisó este artículo y en su libro *Feminism without borders* (2008) llama a construir alianzas híbridas, multclasistas y transnacionales políticas, haciendo de la diversidad un arma de lucha para construir un feminismo antiimperialista y neoliberal. Apuesta por articular lo universal y lo particular para potenciar un movimiento feminista transformador. Por eso, defiende “la centralidad del género” como elemento clave en los procesos de reestructuración globales y clasifica los movimientos sociales como sitios decisivos para construir conocimientos, comunidades e identidades. Además, subraya que los discursos globalizadores están masculinizados, pero también deben vigilarse los de los movimientos antiglobalización, por lo que en su libro *Feminism without borders* (2003) llama a construir alianzas.

Asimismo, la autora es consciente de la paradoja que se produce respecto al género en dichos espacios, por lo que propone no sólo que las feministas sean anticapitalistas, sino que los activistas y teóricos de la antiglobalización sean feministas. Es por ello que realiza la siguiente reflexión

El género queda ignorado como categoría de análisis y como base organizativa en la mayor parte de los movimientos en contra de la globalización, y la antiglobalización (junto con la crítica anticapitalista) no parece ser una pieza central en los proyectos feministas de organización, sobre todo en el Primer Mundo / Norte<sup>8</sup>.

Progresivamente, se establecen relaciones entre el Feminismo y otros movimientos, creándose una red básica que reconoce “la heterogeneidad y diversidad de las experiencias de las mujeres”, según plantea Franzway, quien agrega que “es vital que el género sea parte integrante de las campañas políticas por la justicia global. A pesar de sus limitaciones, algunas feministas vieron que el Foro Social Mundial podría

---

<sup>8</sup> Mohanty, Chandra Talpade. “De vuelta a Bajo los ojos de Occidente: La solidaridad feminista a través de las luchas anticapitalistas”. En Suárez-Navas, Liliana y Berger, Regina (coords.). *Descolonizando el feminismo: teorías y prácticas desde los márgenes*. Madrid: Cátedra, 2008, pp. 450-451.

ser un sitio importante para el activismo feminista”<sup>9</sup>, ya que éste apoya los objetivos de lucha contra la globalización.

Para Franzway, el objetivo inicial de los DF era crear una estrategia sobre cómo ser eficaz como feministas en el Foro, ser un espacio para reflexionar y re-imaginar, reconocer las diferencias de debate y diversidades y establecer vínculos estratégicos y políticamente relevante con otros actores sociales, es decir, fortalecer la presencia feminista<sup>10</sup>. Se ofrece la oportunidad de practicar la política feminista a nivel transnacional. De este modo, a través del FSM, se producen unos beneficios para el Feminismo tras participar con diversas agendas y experiencia política.

Una prueba de ello es el III FSM (Porto Alegre, 2003), donde grupos feministas como la Marcha Mundial de las Mujeres (MMM) o la Articulación Feminista Marcosur (AFM) organizaron dos de los cinco ejes del Foro: 1) los principios y los valores, los derechos humanos, la diversidad y la igualdad, y 2) el poder político, la sociedad civil y democracia. El IV FSM (Mumbai, 2004) también trató transversalmente los Feminismos, consecuencia de la labor previa en los “Diálogos Feministas” (DF), cuya definición se ha explicado anteriormente. Además, actualmente hay un número significativo de mujeres presentes en el Comité Internacional del Foro que también pertenecen al Grupo Coordinador de los Diálogos, lo que favorece su incidencia en éste y la posibilidad de crear alianzas con otros movimientos.

Se trabaja en grupos y se hace una puesta en común en sesiones plenarios. A pesar de ser todas mujeres y feministas, queda claro que el enfoque de los temas, las necesidades y prioridades no siempre coinciden, y evidentemente, los análisis y posicionamientos reflejan diferencias. Por tanto, las voces de los Feminismos poscoloniales que encontraron un espacio en el que hacerse oír, visibilizarse y empoderarse.

Según Vargas, los Diálogos Feministas “crean una masa crítica que impactará en el FSM tejiendo acciones conjuntas” para incidir en éste<sup>11</sup>. Los DF pretenden ligar los temas de la denominada “agenda de las mujeres” con discusiones más estructurales sobre el modelo de democracia el impacto de la globalización neoliberal, el militarismo y los fundamentalismos. Como recoge González, son un espacio que quiere demostrar

---

<sup>9</sup> Franzway, Suzanne. “Working through the World Social Forum” [en línea]. ca. 2009, p. 9. <<http://www.tasa.org.au/conferences/conferencepapers09/papers/Franzway,%20Suzanne.pdf>> [9 octubre 2014].

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>11</sup> Vargas, Gina. “Pistas para pensar algunas dimensiones...”

que la inclusión de los llamados “temas de las mujeres”, pese a que la búsqueda del consenso, haga a veces que se pierda claridad y consistencia en su contenido “es inexorablemente parte de una agenda democrática radical”<sup>12</sup>.

Este tipo de procesos supone claros avances en la actitud del Feminismo no sólo ante el pensamiento único o el capitalismo globalizador, sino hacia el propio discurso altermundista y la estrategia para corregir la dominación masculina del FSM en donde, pese a la masiva presencia de las mujeres, sus preocupaciones e intereses no se habían integrado verdaderamente en el centro de las discusiones. Hoy en día, aunque no sea suficiente, hay más mujeres hablando en las mesas centrales y se han incorporado dentro de los ejes temáticos del Foro aspectos de la agenda de las feministas.

Ruíz di Giovanni, miembro de la MMM, señalaba tras el IV FSM que había que dar un paso más: trabajar por un Feminismo “que se articule a partir de las luchas reales de las mujeres y a favor de la autonomía y la igualdad. Esto nos exigió estar presentes en debates donde las feministas no son esperadas, a veces no demasiado bienvenidas”<sup>13</sup>, proponiendo visiones y estrategias para la transformación en todos los campos de la lucha por un cambio radical de la sociedad. Esta autora sostiene que los Feminismos apuestan por estar en todos los rincones del FSM, más en la “capilaridad” que en la “transversalidad”, por lo que es necesario que el proceso del Foro no sólo interpele a las autoridades competentes de la globalización, sino que sea capaz, como espacio de convergencia, de incidir también en las prácticas, los códigos y la conciencia de quienes se proponen cambiar de mundo y reconozca que “hay que arriesgarse a construir nuevas referencias capaces de enfrentarse a los paradigmas omnipresentes del imperialismo neoliberal”<sup>14</sup>.

Por tanto, el FSM representa una articulación dialéctica entre la justicia global y el movimiento feminista en particular que no es fácil, ya que implica una doble estrategia de compromiso con la negociación colectiva en las luchas de los movimientos sociales y, a la vez, con la transformación de sus puntos de vista en relación con los Feminismos, el género y la diferencia.

Lo que está claro es que si los movimientos feministas no hubieran participado en el FSM la cuestión de género y su incorporación no sería palpable

---

<sup>12</sup> González Vélez, Ana Cristina. “Sobre los Diálogos Feministas”. *Revista Cotidiano Mujer*, 2008, 44, p. 15.

<sup>13</sup> Ruiz de Giovanni, Julia. “Después de Mumbai”. En Vivas, Esther (ed.). *Mumbai (Foro Social Mundial 2004). Balance y perspectivas de un movimiento de movimientos*. Barcelona: Icaria, 2004, p. 45.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p.46.

progresivamente ni constaría como tema de discusión. Ruíz de Givanni afirma que “el desafío es mantener una agenda que refleje y haga converger las diversas expresiones de los movimientos. El desafío es radicalizar el método”, ampliando también “la participación para incorporar a experiencias de lucha que no se representan a partir de los criterios tradicionales” y oponiéndose a “circunscribir la cuestión de género a momentos y espacios específicos”<sup>15</sup>. Esta reflexión remite nuevamente a la necesidad de establecer el género como elemento capilar en el discurso antiglobalización, y entronca con la “centralidad de género” que Mohanty promulga desde la óptica de los Feminismos poscoloniales.

### **3.1. El FSM y la “Primavera árabe”, ejemplo de la labor de los Feminismos poscoloniales**

El XI y XII Foro tuvo lugar en Túnez (2013 y 2015) y fue clave para la elección de este país los acontecimientos vividos un par de años antes con la “Primavera árabe”, una serie de revueltas sin precedentes en el mundo árabe, en las que se reclamaba la instauración de regímenes democráticos y la mejora de las condiciones de vida. Estuvo marcado por la movilización de la sociedad civil y los movimientos sociales, que aunaron fuerzas, todo ello potenciado y expandido a través de las redes sociales y medios de comunicación, y con un trabajo conjunto entre sus protagonistas.

Desde la perspectiva de género, los Feminismos Poscoloniales fueron fundamentales en todo este proceso, ya que supuso la movilización de las sociedades civiles y la visibilización de las mujeres árabes.

La “Primavera árabe” también se traduce en un fin de la tutela de Occidente, quien continuaba ejerciendo una política neocolonizadora marcada por sus propios intereses y no en defensa de una autonomía real y democrática de los países árabes.

Los acontecimientos de 2011 hicieron que las mujeres árabes de todo tipo y condición social salieran al espacio público y se mostraran activas, frente al silencio y sumisión impuestos por la tradición. Pese al dispar escenario de los países árabes -ya que el grado de participación de las mujeres en el proceso varía de un país a otro (más elevado en Túnez o Egipto y menor en Yemen, Libia o Arabia Saudí)- entendían que defender sus derechos era parte de la construcción del proceso democrático y querían estar presentes.

---

<sup>15</sup> Ruiz de Giovanni, Julia. “Después de Mumbai...”, pp. 44-46.

El esfuerzo de las mujeres se ha difundido por las redes sociales, que han logrado la paridad de género en las elecciones tunecinas o denunciar los abusos cometidos por sus gobiernos contra los derechos humanos, entre otros aspectos. Pero ha encontrado opositores y obstáculos que han impedido su realización, por lo que se debe tratar de garantizar derechos mediante el cambio de leyes y la promoción de la igualdad a través de las instituciones.

La directora de Solidaridad Internacional (SI), Alcalde (2013), destaca tres lecciones que se pueden aprender sobre la “Primavera árabe”: hay que defender constantemente los derechos conseguidos, donde el papel de las mujeres y jóvenes ha sido clave. Además, se ha observado un distanciamiento de las ONGs con la sociedad civil, que ha llevado a éstas a reconsiderar su rol como únicas defensoras de los derechos<sup>16</sup>.

Aunque el discurso feminista no ha calado aún en la sociedad árabe como elemento “capilar”, la ingente labor de participación, visibilización y denuncia está plantando el futuro de las semillas democráticas e igualitarias que se les exigen a sus propios gobiernos. Es clave crear alianzas fuertes porque el empoderamiento social y político de las mujeres ha de ir de la mano del establecimiento de la democracia. Y es que la participación de las mujeres en la “Primavera árabe” ha contribuido a la destrucción de estereotipos sobre ellas, la desoccidentalización de los Feminismos, la participación activa en las protestas y la toma de posiciones de liderazgo. En definitiva, las ha visibilizado. A partir de ahora, el mayor símbolo de esta lucha es Tawakkul Karman, la joven activista yemení galardonada con el Premio Nobel de la Paz 2011.

#### **4. De lo global a lo local: Foro Social Catalán, Foro Social Madrileño y 15-M**

Asimismo, si nos centramos en experiencias locales del FSM como el Foro Social Catalán (FSCat) o el Foro Social Mundial de Madrid (FSMM), la paradoja se repite: la cuestión de género tampoco es “capilar”.

En el FSCat, el 20% de la programación de sus cuatro ediciones está relacionado con las alternativas al sistema capitalista y neoliberal. Frente a estos datos, las iniciativas relacionadas con mujer y género suponen alrededor del 6,5% y del 8% en

---

<sup>16</sup> Alcalde González-Torres, Ana Rosa. “Notas de la Jornada”. Documento de reflexiones Los derechos de las mujeres tras la primavera árabe. Estrategias para la incidencia política de las mujeres [en línea] Fundación Mujeres, 2013, p. 11. <<http://www.fundacionmujeres.es/img/Document/15853/documento.pdf>> [9 mayo 2014].

2008 y 2010. En 2012 y 2014 se observa un notable descenso, traducido aproximadamente en el 2% y el 1,5%, respectivamente. En el FSMM -creado en 2008- también se confirma un descenso progresivo de las actividades feministas según se suceden las ediciones. Concretamente, pasa de rozar el 8% en 2010 a no llegar al 3% ni en 2012 ni en 2014.

Estableciendo una analogía en relación a los movimientos sociales y el altermundismo, este estudio también hace una pequeña extrapolación al fenómeno del 15-M de 2011, sobre el que Ezquerro sostiene que el patriarcado sigue latente y agrega que éste pasa de puntillas sobre las dimensiones de género del actual contexto económico. Esta autora agrega la falta de consenso para que esta cita fuera un punto de convergencia de todas las luchas- incluida la feminista-, el uso de un lenguaje androcéntrico, el reparto de roles y la no creación de herramientas para reconocer la reproducción de la lógica patriarcal en su seno y gestionarlas desde una perspectiva feminista<sup>17</sup>.

## 5. Conclusiones

Los Feminismos están presentes en el FSM pero no como a éstos les gustaría, si bien desde sus inicios han evolucionado las relaciones entre las feministas y el Foro con una mayor visibilización de las mujeres, donde prima la mirada del Sur, rompiendo con la ideología hegemónica a nivel mundial. Las mujeres siempre han tenido una elevada participación en cada edición, como el caso del IV FSM (Mumbai) que supuso un punto de inflexión en la metodología, organización y temáticas del mismo.

El Feminismo se postula como elemento “capilar” en el FSM desde sus inicios pero éste no lo considera clave. De hecho, pese a la denuncia del sistema neoliberal como patriarcal, el Foro esconde mecanismos de control y poder androcéntricos en su discurso, ejes y temáticas promovidas, espacios o grado de representatividad que lo relegan a un segundo plano o lo silencian y no parece apoyarse en los análisis ni estrategias feministas. Decimos “capilar” y no transversal porque se quiere dar un paso más, se busca que el cambio del sistema parta de la perspectiva de género en todas sus actuaciones, que sea la raíz de toda transformación, ya que son principalmente el cuerpo de las mujeres y las niñas del Sur quienes sufren los efectos de la globalización

---

<sup>17</sup> Ezquerro, Sandra. “Discursos y prácticas feministas en el movimiento 15-M: avances y asignaturas pendientes”. Amecopress.net, 27 de enero de 2012. <<http://www.amecopress.net/spip.php?article8734>> [21 marzo 2014].

capitalista. Los aspectos tratados son extensibles a las versiones locales del FSM -Foro Social Catalán (FSCat) y Foro Social Madrileño (FSMM)- y otros espacios conformados por movimientos sociales, como el 15-M.

Aún con todo, los movimientos feministas -es el caso de la Marcha Mundial de las Mujeres (MMM) o la Asociación Feminista Marcosur (AFM), entre otros- ven en el Foro un espacio en el que establecer alianzas transnacionales con otros movimientos sociales. Esto sirve para analizar las formas de dominación patriarcal y capitalista, visibilizar sus reivindicaciones y propuestas dentro y fuera del Foro- tal como se aprecia en los Diálogos Feministas (DF)-, y articular una política más inclusiva.

El FSM inspira a los movimientos sociales, pero éstos también retroalimentan al Foro, como fue la movilización de la sociedad civil en la “Primavera árabe”. Insufló energías en el altermundismo y en los Feminismos, ya que las mujeres se han movilizado notablemente en un conjunto de países que, en mayor o menor grado, tiene limitados o cercenados parte de los derechos humanos y, de manera especial, para con ellas.

La capacidad de constante adaptación del FSM unido a la reflexión, crítica y propuestas de los Feminismos en toda su diversidad, son una buena fórmula que ha ido dando sus frutos y que no ha de abandonarse. No hay vuelta atrás y frente al silencio, el diálogo y la acción son necesarios y claves para reeducar, para luchar desde dentro y desde fuera del FSM contra el patriarcado y contra la globalización capitalista y neoliberal. Sólo así se conseguirá que a las mujeres se les reconozca plenamente sus derechos económicos, sociales y culturales y que se logre la igualdad y la justicia social.

### **Referencias Bibliográficas**

- Alcalde González-Torres, Ana Rosa. “Notas de la Jornada”. Documento de reflexiones Los derechos de las mujeres tras la primavera árabe. Estrategias para la incidencia política de las mujeres [en línea] Fundación Mujeres, 2013, pp.8-21. <<http://www.fundacionmujeres.es/img/Document/15853/documento.pdf>> [9 mayo 2014].
- Antentas, José M<sup>a</sup>. “El proceso del FSM en África: Una dinámica de arriba abajo”. En Toussaint, Éric *et al.* (eds.). *El futuro del Foro Social Mundial. Retos y perspectivas después de Nairobi*. Barcelona: Icaria, 2008, pp. 55-64.

- Calvo, Jorge. “El Foro Social Mundial: qué es y cómo se hace” [en línea]. Julio 2007 <<http://www.comitesromero.org/jornadas/lleida2008/documentos/viernes4julio/documentos/elfsmqueesycomosehacejordi%20calvorufanges.pdf>> [20 octubre 2013].
- Conway, Janet. “Activist knowledges on the anti-globalization terrain: transnational feminisms at the World Social Forum”. *A journal for and about social movements Article*, 2011, 3, 2, pp. 33-64.
- Ezquerro, Sandra. “Discursos y prácticas feministas en el movimiento 15-M: avances y asignaturas pendientes”. *Amecopress.net*, 27 de enero de 2012. <<http://www.amecopress.net/spip.php?article8734>> [21 marzo 2014].
- Franzway, Suzanne. “Working through the World Social Forum” [en línea]. ca. 2009. <<http://www.tasa.org.au/conferences/conferencepapers09/papers/Franzway,%20Suzanne.pdf>> [9 octubre 2014].
- González Vélez, Ana Cristina. “Sobre los Diálogos Feministas”. *Revista Cotidiano Mujer*, 2008, 44, pp. 14-20.
- Mohanty, Chandra Talpade. “De vuelta a Bajo los ojos de Occidente: La solidaridad feminista a través de las luchas anticapitalistas”. En Suárez-Navas, Liliana y Berger, Regina (coords.). *Descolonizando el feminismo: teorías y prácticas desde los márgenes*. Madrid: Cátedra, 2008, pp. 404-454.
- Ruiz de Giovanni, Julia. “Después de Mumbai”. En Vivas, Esther (ed.). *Mumbai (Foro Social Mundial 2004). Balance y perspectivas de un movimiento de movimientos*. Barcelona: Icaria, 2004, pp. 41-49.
- Vargas, Gina. “Pistas para pensar algunas dimensiones de la nueva hegemonía. Seminario De los años después” [en línea]. Enero 2010. <<http://seminario10anosdepois.wordpress.com/2010/01/13/pistas-para-pensar-algunas-dimensiones-de-la-nueva-hegemonia/>> [12 mayo 2014].
- Whitaker, Chico. “Procurando entender o FSM dez anos depois. Seminario De los años después” [en línea]. Enero 2010. <<http://seminario10anosdepois.wordpress.com/2010/01/21/procurando-entender-o-fsm-dez-anos-depois/>> [5 mayo 2014].
- Vivas, Esther., et al. (coord.) *Mumbai (Foro Social Mundial 2004). Balance y perspectivas de un movimiento de movimientos*. Barcelona: Icaria, 2004.

**CARACTERES Y EVOLUCIÓN DEL FEMINISMO CHILENO  
EN UN AMBIENTE HOSTIL.  
(INICIOS DEL SIGLO XX HASTA LA ACTUALIDAD)\***

**FEATURES AND EVOLUTION OF CHILEAN FEMINISM  
IN A HOSTILE ENVIRONMENT  
(EARLY 20<sup>TH</sup> CENTURY TO THE PRESENT DAY)**

Rogelio Álvarez Vicente  
*Universidad Finis Terrae. Santiago de Chile*

**Resumen:** Desde antiguo las discriminaciones de género han expresado concepciones culturales e ideológicas (en cuanto a formas y mecanismos de adscripción de papeles y de distribución del poder en la sociedad de hombres y mujeres) de larga y acendrada raigambre histórica. El Derecho como parte de la superestructura de la sociedad juega un papel relevante, pero no único, en la consolidación y también en la reproducción de los estereotipos culturales dominantes que han perjudicado profundamente la situación de la mujer en el orden político, laboral, social, cultural, sexual entre otros con respecto a la situación del varón. Por ello es relevante analizar la actuación de ciertos grupos de presión tales como los feministas, tan activos en Chile otrora.

Los grupos feministas chilenos fueron muy visibles y activos en ciertos periodos como en el que precede a la consecución del voto (1949) o en lucha frente a la Dictadura (1973-1990). En la actualidad, podemos destacar la actuación de las feministas de la “igualdad”, y la de las feministas de la “diferencia”. Nuevas feministas, si bien son minoritarias, adoptan un lenguaje mucho más disruptor. Se trata en definitiva de lo que se ha dado en llamar “feminismo anticolonial”

También comienza a influir en Chile el movimiento “queer” que rechaza todo hecho biológico, para limitar estos conceptos a la perspectiva que una cultura o sociedad determinada le da a cada concepto dentro de las relaciones de los miembros de dicha comunidad. Todos estos grupos son minoritarios, inadaptados precisamente por sus concepciones ideológicas y de escasa presencia y acogida entre la población chilena. Es de destacar que esta citada división del pensamiento feminista le ha restado influencia en los aparatos gubernamentales, en su relación con la presidencia y en la lucha con las opciones conservadoras.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, Derechos de Igualdad, Feminismo chileno, Estereotipos culturales, Patriarcado.

**Abstract:** Gender discriminations have long expressed cultural and ideological conceptions (regarding forms and mechanisms of role ascription and power distribution in the society of men and women) of an extended and purely historical tradition. The Rule of Law as part of the superstructure of society plays a relevant role, but not a unique one, in the consolidation and also in the reproduction of the dominant cultural stereotypes that have deeply handicapped the situation of women in the labor, social, cultural, and sexual spheres, among others, in comparison to the situation of men. This is what makes relevant the analysis of the action taken by certain pressure groups, such as the feminists, which were very active in Chile at a certain point.

Chilean feminist groups were quite visible and active in certain periods, such as the one preceding the attainment of suffrage (1948) or the struggle against the Dictatorship (1973-

---

\* El presente artículo se encuentra vinculado a mi tesis doctoral que lleva el título “El primer gobierno de Michelle Bachelet (2006-2010), las relaciones de género y las políticas públicas”. Envío mis agradecimientos a la directora Doctora D<sup>a</sup> María Esther Martínez Quinteiro.

1990). Nowadays. The activities of “equality” feminists and “difference” feminists can be distinctly perceived. New feminists, although a minority, adopt a language inclined to disruption. It is what has been termed as “anti-colonial feminism.”

The Queer movement has also begun to have an influence in Chile, which rejects all biological elements, limiting these concepts to the perspective a particular culture or society to each one of them within the relations among the members of the community. All of them are minority groups, maladjusted precisely because of their ideological conceptions and their scarce presence and reception within the Chilean population. It is relevant to point out that the aforementioned category of feminist thought has a reduced influence in the government apparatus, in its relationship with the presidency and the struggle against conservative options.

**Keywords:** Human Rights, Right to equality, Chilean feminism, Cultural stereotypes, Patriarchate.

Descartar las contradicciones entre la universalidad de los supuestos científicos del conocimiento propuestos por la cultura dominante, y la particularidad que asumen las experiencias concretas de su aplicación en el medio ideológico, es la tarea que corresponde a toda investigación sociológica comprometida<sup>1</sup>.

Es necesario analizar el problema femenino en la sociedad chilena para destacar, como se manifiesta la citada contradicción expresada más arriba en palabras de Sartre, entre los postulados de igualdad esgrimidos por la cultura occidental en general y la chilena en particular y la subordinación que sufren las mujeres.

Es indudable que las mujeres sufren un conjunto de condiciones objetivas de discriminación genérica que se trasluce en todos los ámbitos. Nos preguntamos si esta subordinación ha sido asumida por las mujeres y si han respondido a tal situación.

La mujer chilena fue durante el periodo colonial y durante el primer siglo de vida de la joven república una permanente menor de edad. Socavar el modelo conservador que subordinaba a la mujer iba a ser un camino arduo dado el menosprecio que vivía la mujer. Quedaba patente que, si bien “numerosas” mujeres iban accediendo al trabajo fuera de casa, no se cambiaba el concepto de género predominante pues solo añadían responsabilidades. Por consiguiente, podemos afirmar con la célebre teórica feminista Julieta Kirkwood que existe una historia real y posible, oculta por la propia dominación patriarcal, y que es la que se proyecta hacia la destrucción de toda forma de dominación.

Ya iniciado el siglo XX Chile fue testigo de la aparición de una amplia proliferación de organizaciones en las que las mujeres, de clase alta y media, comenzaron a compartir sus preocupaciones y a exigir cambios. Amanda Labarca debía

---

<sup>1</sup> Sartre, J. P. *Realidad social y expresión política*. Buenos Aires: Editorial Síntesis, 1976.

defenderse de “la beatería social y política” que a través de los diarios conservadores las tachaban de “masonas y destructoras de hogares”<sup>2</sup>. Pero ya el acceso a la educación superior fue el puente para que la mujer pudiera sentirse igualmente preparada para debatir asuntos de interés público.

En 1875, en la ciudad de La Serena, un grupo de mujeres trató de inscribirse en los Registros Electorales de la ciudad pero no fueron aceptadas<sup>3</sup>.

Respecto a la lucha por la conquista del voto, las chilenas no salieron a las calles<sup>4</sup>, sino que se organizaron en clubes para debatir y difundir sus ideas, y editaron periódicos hasta que lograron vencer el rechazo tanto de hombres como de las mujeres conservadoras<sup>5</sup>.

Y es que, pese a la concentración obrera en la pampa salitrera, las mujeres no eran sino las receptoras de la rabia de un obrero que, dada su penosa situación, caía con frecuencia en el alcoholismo, la violencia sexual... predominaba el conflicto de clase. Por lo tanto las mujeres populares se hallaban casi desconectadas de la conciencia feminista que recién surgía.

El periodo que comprende desde 1915 a 1925 puede entenderse como el de formación del movimiento feminista. Surgieron muchas publicaciones, clubes, instituciones femeninas en Antofagasta, Iquique y Valparaíso para crear conciencia entre sus congéneres de lo valioso que era la participación de la mujer. Contrariamente a lo que se cree, dice Elena Caffarena<sup>6</sup>, no fueron el Círculo de Lectura<sup>7</sup> (1915), el Club de Señoras (1916) ni el Consejo Nacional de Mujeres<sup>8</sup> (1919) las primeras instituciones femeninas surgidas en Chile. En varios años se les adelantan los Centros femeninos

---

<sup>2</sup> Contexto en el que se hace más viva que nunca la idea de Simone de Beauvoir “La mujer no nace, es hecha por la sociedad y la cultura”. Beauvoir, Simone de. *El segundo sexo*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI, 1977.

<sup>3</sup> Klimpel, Felicitas. *La mujer chilena (el aporte femenino al progreso de Chile)*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1962.

<sup>4</sup> Si consideramos que el feminismo es rebeldía, son excepcionales los casos en los que se emplea un lenguaje que bebe de la indignación y así es destacado el caso de Elena Caffarena. Léase a este respecto Caffarena, Elena. *Un capítulo en la historia del feminismo*. Santiago de Chile: Ediciones MEMCH, 1952.

<sup>5</sup> De esta manera la historia femenina no pretende sino la búsqueda y recuperación de identidades que nos son y nos han sido negadas a las mujeres. Kirkwood, Julieta. *Ser política en Chile. Las feministas y los partidos*. Santiago: LOM, 2010.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>7</sup> Es creado por iniciativa de Amanda Labarca (1886 – 1975), escritora, educadora, militante del Partido Radical, delegada a la Asamblea de las Naciones Unidas, miembro del Consejo Universitario, indiscutible líder en la lucha por el sufragio femenino y su proyección etc. Salas Neuman, Emma. *Amanda Labarca: Dos dimensiones de la personalidad de una visionaria mujer chilena*. Santiago de Chile: Ediciones Mar del Plata, 1996.

<sup>8</sup> El Consejo destacará por su lucha por el voto femenino pero le dará al movimiento feminista chileno cualidades mesiánicas. Covarrubias, Paz y Franco, Rolando (comps.). *Chile, Mujer y Sociedad*. Santiago de Chile: UNICEF, 1978.

“Belén de Zárraga” que surgen en el año 1913 en Iquique, Antofagasta y las principales oficinas salitreras. Luis Emilio Recabarren, fundador en 1912 del Partido Obrero Socialista en Iquique y que se trasformaría en la cuna del Partido Comunista de Chile (1918), siempre demostró una gran preocupación por el tema de la emancipación de la mujer en todo ámbito... por ello declara que es “rareza que la mujer y el trabajador hayan llegado a tener conciencia clara de su servidumbre y menos aún la mujer, porque está colocada a nivel más bajo que el obrero; porque ha sido y es aún considerada y tratada por éste como ser inferior”<sup>9</sup>.

En 1922 aparece el Partido Cívico Femenino, liderado por Estela Rivera de Sanhueza, Elvira de Vergara y Berta Recabarren, que fue el primer partido político de corte femenino de la historia de Chile. La agrupación se declaró laica e independiente, preocupado por la maternidad y declaran que “el feminismo no es de violencias”. Esta extremada cautela está en consonancia con la violencia represiva del medio, que será duramente contestado por otras feministas como Caffarena. En 1925 se aprueba el Decreto Ley que otorgó a las madres la patria potestad de los hijos en caso de muerte o inhabilidad del marido y supuso la primera conquista en el área de los derechos civiles. En 1928 nace la Unión femenina de Chile que fue vital para la obtención del derecho a voto municipal de las mujeres en 1931. Con este respaldo, el presidente Pedro Aguirre Cerda (1938-1941) nombró a la primera alcaldesa de Santiago, doña Graciela Contreras Schnake (enero de 1939 – marzo de 1940) y apoyó un Proyecto de Ley electoral con voto general para la mujer redactado por Elena Caffarena y Flor Heredia. En este primer momento las mujeres aristocráticas toman conciencia de su “inutilidad”, de la privacidad de su voluntad; y las mujeres progresistas y de izquierda, sin trabas morales o religiosas, comprueban que su acceso al mundo del hombre (trabajo, cultura, política) no es sencillo.

En este primer periodo se endiosa a la mujer frente al hombre perfectible, sin darse cuenta de que una relación de dominio pervierte a ambos términos de la relación. En esta primera etapa del despertar de las mujeres a los asuntos públicos fueron las mujeres de la derecha política y del Partido Radical las que actuaron con mayor ímpetu.

Un segundo periodo del movimiento feminista es el que se encuentra entre 1931 (año en el que la mujer obtiene el reconocimiento del derecho a voto en las elecciones municipales) y 1949 (la mujer consigue el derecho pleno de sufragio).

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 85.

A partir de 1936, desde los partidos comunistas, se propicia la constitución de frentes populares con lo que se privilegiará el interés de clase. Tuvo gran impacto el Movimiento Pro Emancipación de la Mujer Chilena (MEMCH), fundado en 1935 por Elena Caffarena y Marta Vergara, junto a otras 15 mujeres. Se distinguió de las otras agrupaciones por aglutinar en sus filas a un amplio espectro de mujeres que provenían de diferentes corrientes ideológicas. Tuvo un papel preponderante en la obtención del derecho a sufragio para las mujeres en 1949<sup>10</sup>.

En su primer artículo sus estatutos abogaban por “la emancipación integral de la mujer, en especial, la económica, jurídica, biológica y política”<sup>11</sup>. El MEMCH luchó para conseguir el voto para la mujer, por un sueldo mínimo para la empleada particular igual al del hombre (no se aprobará la Ley que proclame el mismo salario para hombres y mujeres ante el mismo trabajo hasta el 4 de junio de 2009, en el primer gobierno de M. Bachelet), por la supresión de la discriminación para contratar mujeres en algunas oficinas públicas y por la promoción de un rol activo de la mujer en la política<sup>12</sup>. Las feministas progresistas van adquiriendo formas más agresivas en contraste con el tono humilde del periodo anterior. En 1944 se realizó un Congreso amplio, al cual asistieron más de 200 organizaciones de mujeres, y allí se acordó dar origen a la Federación Chilena de Instituciones Femeninas que, presididas por Amanda Labarca, aglutinó las fuerzas que luchaban por el progreso de la mujer chilena. Experiencias que sirvieron para que en 1946 naciera el Partido Femenino de Chile.

Después del Primer Congreso Nacional de Mujeres de 1944 se creó la Federación Chilena de Instituciones Femeninas (FECHIF) en cuya directiva destacó la educadora Amanda Labarca, y cuyo objetivo primordial era la obtención del sufragio femenino general. En 1945 presenta un Proyecto de Ley en este sentido con firmas de senadores de todas las tendencias.

Con el mismo fin se funda en 1946 el Partido Femenino Chileno (PFCh) sin mucho éxito inicial. Se proponía como salvador de una sociedad “despiadada y egoísta” que, manejada por los hombres, vivía con guerras, hambre, alcoholismo y otros vicios.

---

<sup>10</sup> Gaviola Artigas, Edda, et al. (coords.). *Queremos votar en las próximas elecciones: historia del movimiento femenino chileno 1913-1952* [en línea]. Santiago de Chile: Centro de Análisis y Difusión de la Condición de la Mujer, 1986. <<http://catalogo.bcn.cl/ipac20/ipac.jsp?index=BIB&term=16681>> [ 13 abril 2013].

<sup>11</sup> Baltra M, Lidia. *Señora Presidenta...Mujeres que Gobiernan Países*. Santiago de Chile: Mare Nostrum, 2006, p.43.

<sup>12</sup> Kruzat, María Isabel y Kirkwood. Julieta. “11 de mayo: Un aniversario para las mujeres”. En *Boletín N° 5. Círculo de Estudios de la Mujer*. Santiago: Academia del Humanismo Cristiano. Mayo 1981.

Establecía igualmente que se mantendría alejado de criterios religiosos o políticos, lo que alejó a algunas socias y provocó las burlas de publicaciones contemporáneas. Hemos de destacar en este momento de efervescencia política feminista, la aparición del Partido Feminista de Chile en 1946 presidido por la periodista y escritora María de la Cruz. Desde el principio se centró en defender y luchar por los derechos de las mujeres (igualdad civil, leyes de protección y sufragio femenino). Las militantes del PF realizaron multitudinarias concentraciones públicas y otras actividades lo que acrecentó el número de militantes (destacaron Georgina Durán, Mimí Briebe, Elena Doll de Díaz y María Besa de Díaz Garcés). Su ideología se basaba en defender el derecho de las mujeres a participar en las elecciones, derechos de participación política y para ocupar cargos públicos y el derecho al sufragio libre.

El Partido apoyó la candidatura de Carlos Ibáñez del Campo y éste, una vez electo, ofreció el cargo de ministra de Cultura a María de la Cruz, para dárselo finalmente a otra dirigente del PF, María Teresa del Canto. Sin embargo, María de la Cruz, se convirtió en la primera Senadora de Chile al ocupar el puesto que dejaba libre el propio Presidente, si bien no fue bien acogida por sus pares masculinos. Por fin, el Presidente Gabriel González Videla (1946-1952) decide darle urgencia a un Proyecto de Ley apoyado en un Manifiesto firmado por Amanda Labarca por la FECHIF, María de la Cruz por el PFCh, Alicia de Errázuriz, ex alcaldesa de Providencia, Olga Poblete por el MEMCH (que había renacido) fundamentalmente.

Los medios de comunicación reaccionaron ante la idea primero con estupor y después con mayor seriedad, influenciados por el ejemplo de otros países latinoamericanos que ya contaban con este avance<sup>13</sup>. Así, uno de los periódicos más influyentes y marcadamente conservador, “El Mercurio” afirma: “no existe constitucionalmente causa alguna para negárselo (el derecho al sufragio) y aplaudió la consecuente llegada de una “gran fuerza nueva a nuestra existencia republicana”<sup>14</sup>. Este argumento, junto con el de que Chile había sido el primer país latinoamericano que permitió el ingreso a las universidades a las mujeres fue el empleado por los partidarios para conceder el voto a la mujer. En contra se esgrimían argumentos que suponían la sumisión de la misma. Pero lo que más preocupaba a los contrarios a la medida era que

---

<sup>13</sup> Baltra M, Lidia. *Señora Presidenta...*, p.46.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p.46.

se perdería el cálculo electoral, ya que había muy pocas mujeres inscritas en los partidos políticos<sup>15</sup>.

Con el apoyo de todos los partidos políticos el 9 de enero de 1949 se aprueba y promulga la Ley 9.292 para conceder el voto político a la mujer<sup>16</sup>. Los motivos que se atribuyen a esa fervorosa acogida del proyecto por todos los partidos político son evitar ser considerados antidemocráticos o misóginos<sup>17</sup>. Pero se suponía que ya había sido lograda la igualdad entre sexos.

Contra todo pronóstico, este hito histórico no tuvo en un principio mayor consecuencia en cuanto a su incorporación cuantitativa; quizás porque la mujer común no le otorgaba la importancia que merecía y tan solo le preocupaba a un selecto grupo de profesionales universitarias que conocían los avances de sus congéneres en América Latina y en el mundo. Las mujeres de base nunca establecieron un verdadero debate en torno al tema y sólo las dirigentas de organizaciones, escasas en ese tiempo, comprendían sus alcances<sup>18</sup>.

La consecución del voto femenino, la ampliación del sistema educativo y de la organización de la salud y la incentivación de los sindicatos<sup>19</sup> muestra que la sociedad se va democratizando. Así, el periodo que va desde 1930 a 1950 se caracteriza por la incorporación político – ciudadana, las luchas por el voto femenino, pero no debemos olvidar que en plena Guerra Fría los problemas de la mujer van a ser supeditados a la clase; o bien será manipulada por los partidos más conservadores. Aun así, en el Poder Ejecutivo, Adriana Olgún, del Partido Radical, ocupará la cartera de Justicia en 1952 e Inés Enríquez será Intendenta (representante del Jefe del Estado en cada región) de Concepción en 1950. En el servicio exterior, la primera embajadora será Amanda Labarca, en 1946 y designada por González Videla para las Naciones Unidas. Un año más tarde nombrará a Carmen Vial de Señoret como embajadora en Holanda. Como cónsules destacan Lucila Godoy o la propia Gabriela Mistral (Primera chilena en recibir el premio Nobel de Literatura, en 1945) etc.

---

<sup>15</sup> Klimpel, Felicitas. *La mujer...*

<sup>16</sup> Baltra M, Lidia. *Señora Presidenta...*, p.47.

<sup>17</sup> Caffarena. E. *Algo acerca del Proyecto sobre el voto femenino*. Santiago: Editorial Zig-Zag, 1945.

<sup>18</sup> Baltra M, Lidia. *Señora Presidenta...*, p.47

<sup>19</sup> Durante el primer gobierno de Michelle Bachelet se continuará deslegitimando el sindicalismo. Entrevista a Rosario Puga. Directora de Radio Tierra de la Corporación “La Morada”. Proyecto feminista. 24 de julio de 2012.

No será hasta el Gobierno de la Unidad Popular que la mujer de la clase trabajadora y de los partidos de izquierda sea impulsada a ocupar puestos de importancia cívica.

Aun así, la izquierda defiende la familia, como núcleo revolucionario básico, y dejan intactas las redes interiores jerárquicas que conforman históricamente a la misma<sup>20</sup>. Salvador Allende se propuso crear el Ministerio de la Mujer e incluso se sabía de Carmen Gloria Aguayo como primera receptora de esta cartera pero sólo alcanzó a crear la Secretaría Nacional de la Mujer, organismo integrante del Gobierno que, entre otras muchas tareas, estimuló la sindicalización de las empleadas de casa particular y la participación de la mujer en la defensa del proceso democrático hacia el socialismo que proponía ese gobierno. En 1972 se celebra por vez primera el 8 de marzo como el día Internacional de la Mujer.

Julieta Kirkwood (1937-1985), icono del feminismo chileno, destaca que en esta primera etapa del voto femenino existe un claro predominio de católicas y de radicales. Las primeras provienen de organizaciones de caridad y defienden la familia y los valores cristianos. En cambio,

las progresistas se desmovilizan en su especificidad -¿sentimiento de culpa por la masividad del voto femenino conservador y de centro tradicional?- y se reparten en los partidos políticos como ciudadanas militantes, y disuelven o desprivilegian sus movimientos y partidos con el argumento fuerte de la necesidad de privilegiar la lucha social global. Pareciera un atrapamiento repetido<sup>21</sup>

Y es que (“Los partidos de izquierda en ese periodo logran con dificultad expresar la problemática femenina. Las mujeres mismas desde la izquierda tampoco la admiten: ya se han integrado a protestar por cambios en la sociedad en su conjunto y no hablan más de problemas femeninos”)<sup>22</sup>.

Es necesario llegar a los años ochenta para percibir el resurgimiento del movimiento de mujeres progresistas. Las chilenas asumieron papeles de lideresas en la lucha por los Derechos Humanos y por la democracia y así surgieron nuevas dirigentas como Fanny Pollarolo, Julieta Kirkwood, María Antonieta Saa, Teresa Valdés, Adriana Muñoz; Pancha Rodríguez entre las campesinas, María Rozas entre las sindicalistas, las periodistas Marcela Otero, María Olivia Monckerberg y Lidia Baltra. Junto a ellas las

---

<sup>20</sup> Kirkwood, Julieta. *Ser política en Chile...*, pp 42-43.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 49.

antiguas: Olga Poblete, Elena Caffarena, Graciela Torriceli, María de la Cruz, Carmen Frei etc.

En 1978, el Departamento de Mujeres de la Coordinadora Nacional Sindical, proscrito el derecho a reunión y asociación, realiza la Primera Conferencia de Mujeres Opositoras con 298 delegadas, que exigían: reposición del fuero maternal, salas cunas y jardines infantiles y pago íntegro del salario durante el pre y postnatal etc.; ventajas, todas ellas, conseguidas en la actualidad

En la dictadura, las mujeres necesariamente tuvieron que preguntarse por el valor de la democracia para la causa de los derechos de la mujer. Con el retorno de los partidos políticos disminuyó la influencia de los movimientos sociales dado que los desplazó de las negociaciones y del proceso político electoral y se escindieron<sup>23</sup>.

Tal y como exponen Ríos, Godoy y Guerrero, en lo que afecta al movimiento de mujeres, uno de los factores que provocó la posterior ruptura de los movimientos feministas fue la oposición entre aquellas que promovían el desarrollo de sus políticas de una manera autónoma y las que consideraban fundamental participar en las instituciones estatales<sup>24</sup>.

En los años noventa, cuando desapareció el cemento de unión (lucha por la democracia), las distintas posiciones pasaron a enfrentarse. Y es que (“la política de la unidad siempre implica cierta violencia en la preeminencia de un fragmento que representa al todo”)<sup>25</sup>. De la misma manera, expone Butler, que la política de la representación refleja diferencias de poder en el predominio de una noción de “unidad”, siendo probable que lo que es definido como diálogo por el grupo sea entendido como exclusión por uno o muchos<sup>26</sup>.

Es necesario destacar que el encuentro feminista de Cartagena realizado en 1996 develó por completo la tensión existente entre esos movimientos que estaban ligados profundamente con el SERNAM y con las diferentes ONG´s así como a partidos de la Concertación y otra corriente formada generalmente por feministas jóvenes que no asumen cargo político alguno. Es cierto que parece apagarse el movimiento feminista

---

<sup>23</sup> Carretón, Manuel Antonio. “La oposición política y el sistema partidario en el régimen militar chileno: Un proceso de aprendizaje para la transición”. En Drake, Paul y Jasksic, Iván (eds.). *El difícil camino hacia la democracia en Chile, 1982 – 1990*. Santiago de Chile: FLACSO, 1993.

<sup>24</sup> Ríos Tobar, Marcela *et al.* *Un nuevo silencio feminista*. Santiago: Cuarto Propio, 2003.

<sup>25</sup> Mora, Claudia y Ríos, Marcela. “¿De Política de Representación a Política de Coalición? Posibilidades de Movilización Feminista en el Chile Post-Dictadura”. *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana*, 2009, 8. N° 24, pp. 133-145.

<sup>26</sup> Butler, Judith. *El género en disputa*. Barcelona: Paidós, 2001.

una vez conseguida la democracia pero la conclusión del encuentro feminista de Cartagena es que no pierde fuerza sino que simplemente se organiza de otra manera. Las críticas arrecian contra las ya mencionadas “feministas del SERNAM” por transar con los partidos políticos y no avanzar en lo que respecta a los DD.SS. RR tales como el aborto, la pastilla del día después, la ausencia de clases de sexualidad en los colegios ...<sup>27</sup>. Pese a todo debemos señalar que la igualdad de los hijos (entre legítimos y “guachos”), así como la “Ley del Divorcio” suponen, para las feministas, dos de los grandes avances del SERNAM en este periodo.

Desde el punto de vista conceptual, no solo institucional, las nuevas generaciones empiezan a encontrar inadecuado las diferencias del concepto de hombre y de mujer que el feminismo había mantenido durante la Dictadura. Se rechaza ahora el imaginario que representa a la mujer con un enorme poder moral, que es “padre” y “madre” al tiempo. Se trata de un tipo de feminismo que le ha dado buenos réditos electorales y políticos a Michelle Bachelet. Ponen en tela de juicio ese “genio femenino” defendido por los últimos papas desde la Conferencia de Beijing y que no es sino redundar en la especificidad de la mujer para seguir, paradójicamente, subyugada al varón.

Las nuevas feministas adoptan un lenguaje mucho más disruptor al entender que la lucha no pasa solo por ser mujer sino también por la clase social, la etnia y las condiciones particulares de cada mujer. Es lo que se ha dado en llamar “feminismo anticolonial” en un mundo en el que las relaciones de poder entre pobres y ricos se encuentran cada vez más tensas.

Empieza a influir en Chile, el movimiento “queer” que concibe superados los viejos antagonismos entre el feminismo de la igualdad y el de la diferencia, pues reconociendo su aporte, los encuentra insuficientes y, con frecuencia, según la teoría “queer”, errados.

Judith Butler, considerada (a su pesar) “madre del movimiento” supera esta disputa y se interesa por los “intersexo” dado que niega toda complementariedad heteronormada entre el hombre y la mujer. Las teorías feministas van siendo más “agresivas” y crece la participación de la mujer Chilena en Beijing de 1995 donde defiende su arsenal simbólico, como el término de género. (“Es cierto que el feminismo introduce la comprensión de la diferencia social a partir de la diferencia sexual pero es

---

<sup>27</sup> Entrevista a Antonieta Vera. Psicóloga. Magister de Género y Doctora en Ciencias Política en Estudios de Género. 1 de abril de 2013.

necesario añadir que esa distinción sexual es violenta pues somete y agrede a la mujer”)<sup>28</sup>.

Según Julia Rojas, las moderadas no aceptan la teoría “queer”, ni el ecofeminismo, ni que un hombre se defina feminista...en definitiva no aceptan su propio fracaso<sup>29</sup>.

Ahora la crítica feminista se realizará desde pequeños grupos como la CUDS (Coordinadora Universitaria por la Diversidad Sexual), el Colectivo las “Seltas” (mujer promiscua, en Chile), “Línea aborto” etc.

En definitiva, Rojas, defiende a las personas que desean transitar entre los estereotipos hombre, mujer, transexual, homosexual etc. Defiende igualmente un mundo en el que las luchas contra el imperio de lo natural se lleven a todos los campos y a todos los extremos, pues es (“primitivo y animal que una mujer siga sufriendo un embarazo”) (sic). No es sino la autonomía, real, de los cuerpos que demandan las feministas)<sup>30</sup>.

La primera llegada al poder de M. Bachelet (2006-2010) se vio facilitada por la entrada de personas no relacionadas con la élite política tradicional y con una nueva conciencia de género, que había llevado a que muchas mujeres ocuparan situaciones de liderazgo; a lo que se suma el apoyo que la propia Bachelet había conseguido en el ejercicio de sus diferentes responsabilidades políticas. Como consecuencia las mujeres votaron mayoritariamente por vez primera por la izquierda<sup>31</sup>.

Bachelet adoptó el tema de la equidad de género como uno de los ejes centrales de su Gobierno. Inaugura así un gabinete paritario<sup>32</sup>, priorizando una reforma del sistema de pensiones con beneficios para mujeres amas de casa, ampliando la red de cuidado infantil para los sectores más pobres, e introdujo la distribución de la anticoncepción de emergencia etc. Así, se produce un intento por mejorar los Derechos de las Mujeres que no tienen precedente en el país andino y que otorga claramente una nueva oportunidad de acción al pensamiento feminista. No obstante, dada la cantidad de temas que se han incluido en la Agenda de Género y a la decidida reacción de los

---

<sup>28</sup> Entrevista a Julia Rojas. Colectivo las Seltas. 28 de marzo de 2013.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> Power, Margaret. “More than mere pawns: Right- Wing Women in Chile”. *Journal of Women's History*, 2004, 16, núm. 3, pp. 138-151.

<sup>32</sup> “Que será meramente coyuntural, pues todo intento de positivizar la situación fracasa”. Entrevista a la Sra. María Ester Feres. Abogada. Directora del Centro de Relaciones Laborales. Facultad de Economía. Universidad Central. Santiago de Chile. Entrevistada el 8 de marzo de 2013.

grupos conservadores se hace perentoria “la identificación de los espacios y oportunidades abiertas, la acción consciente y la alianza concertada en torno a debates y demandas de las mujeres”<sup>33</sup>.

En la actualidad, el movimiento feminista chileno ha ido tomando posiciones y preocupándose de diferentes tópicos. Es así que surgen organizaciones preocupadas por los derechos sexuales y reproductivos, minorías étnicas, por la situación de la mujer en el campo, la mujer analfabeta, o la que ocupa tareas laborales especialmente despreciadas socialmente (“nanas” o trabajadoras del hogar). Pese a todo parece evidente que los diferentes movimientos feministas no pueden vivir por completo sin relación alguna con el Estado y la relación con el mismo suele ser compleja y contradictoria. Pese a la originalidad del gobierno de Bachelet y la oportunidad que supuso para las demandas de género, el activismo feminista no ha logrado alcanzar las estructuras políticas y, así, los avances en pro de su causa no son claros ni determinantes en su mayor parte.

La esfera pública sigue en manos masculinas y la brecha entre la democracia participativa y la representativa es demasiado evidente. Si bien la democracia es el terreno más adecuado para el desarrollo y consolidación de estereotipos culturales de género más justos e igualitarios, no necesariamente se van a producir de una manera automática en ella<sup>34</sup>. Y es que la estructura política y económica chilena actual no es la más adecuada para concebir una respuesta a las necesidades más apremiantes de la población.

### Referencias Bibliográficas

- Balra M, Lidia. *Señora Presidenta... Mujeres que Gobiernan Países*. Santiago de Chile: Mare Nostrum, 2006.
- Baño, Rodrigo; Faletto, Enzo y Kirkwood, Julieta. *Evolución del proyecto político popular alternativo. Informe a PISPAL*. Santiago: FLACSO, 1978.
- Beauvoir, Simone de. *El segundo sexo*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI, 1977.
- Butler, Judith. *El género en disputa*. Barcelona: Paidós, 2001.
- Caffarena, Elena. *Un capítulo en la historia del feminismo*. Santiago de Chile: Ediciones MEMCH, 1952.

---

<sup>33</sup> Mora, Claudia y Ríos, Marcela. “¿De Política de Representación a ...”, pp. 133 a 145.

<sup>34</sup> Jaquette, Jane S. (ed.). *The Women's Movement in Latin America. Feminism and the Transition to Democracy*. Boston, MA: Unwin Hyman, 1989.

- *Algo acerca del Proyecto sobre el voto femenino*. Santiago: Editorial Zig-Zag, 1945.
- Carretón, Manuel Antonio. "La oposición política y el sistema partidario en el régimen militar chileno: Un proceso de aprendizaje para la transición". En Drake, Paul y Jasksic, Ivan (eds.). *El difícil camino hacia la democracia en Chile, 1982 – 1990*. Santiago: FLACSO, 1993.
- Covarrubias, Paz y Franco, Rolando (comps.). *Chile, Mujer y Sociedad*. Santiago: UNICEF, 1978.
- Feres, María Esther. Abogada. Directora del Centro de Relaciones Laborales. Facultad de Economía. Universidad Central. Santiago de Chile. Entrevistada el 8 de marzo de 2013.
- Gallegillos, Ximena. *Mujeres que hacen historia*. Santiago: LOM, 2005.
- Gaviola Artigas, Edda; Moreno Jiles, et al (coords.). *Queremos votar en las próximas elecciones: historia del movimiento femenino chileno 1913-1952*. Santiago: Centro de Análisis y Difusión de la Condición de la Mujer, 1986.
- Jaquette, Jane. *The Women's Movement in Latin America. Feminism and the Transición to Democracy*. Boston MA: Unwin Hyman, 1989.
- Kirkwood, Julieta. *Ser política en Chile. Las feministas y los partidos*. Santiago: LOM, 2010.
- "¿Y las señoras políticas?". *Revista Análisis*, 1984, 72, año VII, p. 35.
- Klimpel, Felicitas. *La mujer chilena (el aporte femenino al progreso de Chile)*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1962.
- Kruzat, María Isabel y Kirkwood, Julieta. "11 de mayo: Un aniversario para las mujeres". *Boletín N° 5. Círculo de Estudios de la Mujer*. Santiago: Academia del Humanismo Cristiano, 1981.
- Mitchellm, Juliet. *La condición de la mujer*. México: Editorial Extemporánea, 1974.
- Mora, Claudia y Ríos, Marcela. "¿De Política de Representación a Política de Coalición? Posibilidades de Movilización Feminista en el Chile Post-Dictadura" [en línea]. *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana*, 2009, 8, núm. 24, pp. 133-145.  
<[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-65682009000300008&Ing=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682009000300008&Ing=es&nrm=iso)> [15 julio 2014].
- Power, Margaret. "More than mere pawns: Right- Wing Women in Chile". *Journal of Women's History*, 2004, 16, núm. 3, pp. 138-151.

Puga, Rosario. Directora de Radio Tierra de la Corporación “La Morada”. Proyecto feminista. Entrevistada el 24 de julio de 2012.

Ríos Tobar, Marcela; Guerrero Cavides, Elizabeth; Godoy Catalán, Lorena. *Un nuevo silencio feminista*. Santiago: Cuarto Propio, 2003.

Rojas, Julia. Colectivo feminista “las Seltas”. Entrevistada el 28 de marzo de 2013.

Salas Neuman, Emma. *Amanda Labarca: Dos dimensiones de la personalidad de una visionaria mujer chilena*. Santiago de Chile: Ediciones Mar del Plata, 1996.

Valencia Avaria, Luis. *Anales de la República*. Santiago: Editorial Andrés Bello, 1986.

Vera, Antonieta. Psicóloga. Magister de Género y Doctora en Ciencias Política en Estudios de Género. Entrevistada el 1 de abril de 2013.

# A TRAJETÓRIA DE LUTA DA MULHER BRASILEIRA PELA IGUALDADE DE DIREITOS\*

## THE FIGHT TRAJECTORY OF BRAZILIAN WOMEN FOR EQUAL RIGHTS

Carla Janielle Paiva do Nascimento

Flavia Roberta Gusmão Oliveira

*Centro Universitário do Vale do Ipojuca- DeVry/ UNIFAVIP*

**Resumo:** Este trabalho tem como objetivo propor uma reflexão sobre a trajetória de luta das mulheres brasileiras em prol da conquista de seus direitos, com enfoque ao movimento feminista e o então conhecido “lobby do batom” que atuou crucialmente para conquista da cidadania feminina, na constituinte do Brasil, após o período ditatorial. A construção social e histórica de subordinação da mulher estar intimamente atrelada às questões de gênero, que condicionam à mulher uma posição de inferioridade visivelmente demarcada pela diferenciação dos papéis ocupados entre elas e os homens na sociedade, expondo-as a situação de desigualdade, preconceito e discriminação. No Brasil, essa história passou a ser (re) desenhada com maior intensidade a partir da década de 1980, com a organização dos movimentos sociais e diversos segmentos marginalizados da sociedade, que passaram a invocar uma constituinte livre e soberana. Nesse contexto, as mulheres influenciadas pelo movimento feminista em busca do reconhecimento dos direitos das mulheres no texto da Constituição Federal de 1988, conhecida como constituição cidadã. Nesse estudo utilizaremos a metodologia qualitativa com auxílio da pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e trabalhos acadêmicos, com ênfase na linha histórica a partir de leituras e análise feita com base em: Beauvoir (1980) Scott(1998) e Alves e Pitanguy (1982) Saffioti(1992).

**Palavras-chaves:** Movimento Feminista, Lobby do Batom, Redemocratização, Gênero, Constituição Federal.

**Abstract:** This paper aims to propose a reflection on the trajectory of Brazilian women 's struggle for the conquest of their rights, with a focus on the feminist movement and the so - called "lipstick lobby" that worked crucially for the conquest of female citizenship in the Brazil, after the dictatorial period. The social and historical construction of women's subordination is intimately linked to gender issues, which condition women to a position of inferiority visibly demarcated by the differentiation of the roles occupied between them and men in society, exposing them to the situation of inequality, prejudice and discrimination. In Brazil, this history started to be (re) designed with greater intensity starting in the 1980s, with the organization of social movements and several marginalized segments of society, which began to invoke a free and sovereign constituent. In this context, women influenced by the feminist movement in search of recognition of women's rights in the text of the Federal Constitution of 1988, known as the citizens' constitution. In this study we will use the qualitative methodology with the aid of bibliographical research in books, scientific articles and academic works, with emphasis on the historical line from reading and analysis based on: Beauvoir (1980) Scott (1998) and Alves and Pitanguy (1982) ) Saffioti (1992).

**Keywords:** feminist movement, Lobby Lipstick, Redemocratization, Gender, Federal Constitution.

---

\* Trabalho elaborado a partir dos estudos realizados pelo Grupo de Iniciação Científica do Centro Universitário do Vale do Ipojuca (UNIFAVIP/DEVRY).

## **1. Introdução**

O escopo do presente estudo consiste em realizar uma reflexão sobre a trajetória de luta das mulheres brasileiras em prol da conquista de seus direitos, com enfoque ao movimento feminista e o então conhecido “lobby do batom”. Apontando de que forma se deu a atuação do feminismo para o reconhecimento dos direitos das mulheres, na constituinte do Brasil, na redemocratização brasileira, no período da ditadura civil-militar, do nosso país. Para tanto, partiremos de uma metodologia qualitativa, utilizando, na coleta de dados, a pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e trabalhos acadêmicos, com ênfase na linha histórica a partir de leituras e análise feita com base em: Beauvoir, Scott, e Alves e Pitanguy e Saffioti.

Estruturamos o presente artigo em cinco seções temáticas, sendo esta parte introdutória a primeira delas; na segunda seção, realizamos um breve resgate histórico sobre o papel da mulher na sociedade brasileira; na terceira debatemos questão da influência do movimento feminista na conquista dos direitos das mulheres no Brasil; a quarta seção elucidará sobre o Lobby do Batom e a participação das mulheres na elaboração da Constituição Federal Brasileira; e, por fim, apresentamos nossas considerações finais.

## **2. Breve Histórico Sobre o Papel da Mulher na Sociedade Brasileira**

Historicamente, o papel da mulher na sociedade foi marcado por uma relação de dominação da figura masculina, trata-se de um processo de longos séculos que condicionou a mulher a uma situação de subordinação e inferioridade em relação aos homens. No Brasil e no mundo evidencia-se a formação histórica e social de uma relação de domínio-poder exercida através dos homens que os colocava na posição de superioridade, tanto na esfera pública, quanto na esfera privada, consolidando, uma sociedade patriarcal marcada pelo conservadorismo, na qual o domínio está centrado na figura masculina, que deteve para si, o conhecimento, o dinheiro, a profissão, a política, a religião, a família, as artes, a filosofia e o direito. Nesse contexto a mulher ocupava a posição de propriedade masculina, no mais sendo considerada uma (res) coisa, que deveria estar totalmente submissa, devendo respeito e obediência inquestionáveis, a essa figura masculina, fosse pai, marido ou irmão. Firmando-se assim uma sociedade predominantemente patriarcal.

Compreendida como “organização sexual hierárquica da sociedade que alimenta-se do domínio masculino na estrutura familiar (esfera privada) e na lógica organizacional das instituições políticas (esfera pública) construída a partir de um modelo masculino de dominação (arquétipo viril)<sup>1</sup>”.

Historicamente o papel da mulher na sociedade foi muito bem delimitado, esteve durante longos séculos determinado de acordo com o seu sexo, o que permitiu que as mulheres, além de terem sido anuladas em sua condição de ser humano eram também invisíveis aos olhos da história, não sendo contempladas como agentes históricos, apenas os homens e seus feitos eram dignos de nota, deixando as mulheres literalmente à margem da história. Essa realidade passou a ser revista a partir da segunda metade do século XX, ainda em processo lento, proposto pela Escola de Annales que promoveu através das contribuições da antropologia e da história um estímulo ao estudo voltado aos aspectos históricos relacionados às mulheres. Pesquisar sobre a historiografia feminina é lançar o olhar para o passado e se debruçar sobre a construção social na qual ela esteve emergida e/ou submetida, pesquisa essa, que só veio acontecer somente a partir da década de 1980, quando as universidades introduziram em seus estudos a perspectiva de gênero.

Sobre gênero diz Mergár<sup>2</sup>: “O gênero pode ser compreendido como uma convenção social, histórica e cultural, baseada nas diferenças sexuais. Logo, está ligado às relações sociais criadas entre os sexos”. A autora acrescenta: “Gênero é a construção sociológica, política e cultural do termo sexo”.

No Brasil o patriarcalismo se enraizou no período colonial, quando os europeus passaram a adentrar em terras brasileiras e então, dominar e impor seus costumes, cultura, e conceitos, formando assim uma sociedade centralizada na superioridade do homem, firmando a partir de então no Brasil, a raiz das desigualdades existente entre homens e mulheres. Enquanto o homem sendo chefe e senhor exercia sua atividade pública, a mulher era obrigada a estar enclausurada ao lar, limitada a sua vida doméstica, tendo como principal obrigação administrar a casa e a criação dos filhos. Não tinha acesso à educação formal, não sabia ler e escrever, estava condicionada a

---

<sup>1</sup> Costa, Ana Alice. *Gênero, poder e empoderamento das mulheres*. [em linha] 2008. <<http://www.adolescencia.org.br/empower/website/2008/imagens/textos/pdf/Empoderamento.pdf>> [03 julho 2016].

<sup>2</sup> Mergár, Arion. *A representação social do gênero feminino nos autos criminais na Província do Espírito Santo (1853-1870)*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em História Social das Relações Políticas, Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais, p. 79.

aprender apenas trabalhos manuais. Os homens a tinham como propriedade, não eram consideradas pessoas sujeitas de direitos, antes eram tidas como acéfalas, e como tal deveriam apenas limitar-se aos afazeres domésticos.

Segundo Ribeiro<sup>3</sup>: “Cuidar da casa, dos filhos e do marido, configurava-se os atributos da mulher no Brasil desde o tempo de Colônia”. A condição social da mulher no olhar dos homens, herdeiros dos valores portugueses era de um ser inferior. A mulher ocupa o mesmo lugar onde também eram compreendidos escravos, crianças e doentes mentais.

Levando em consideração que o Brasil foi colonizado pelos europeus, a visão que tinham sobre a mulher foi tão somente transferida nesse processo de formação, estabelecendo inclusive a dualidade propagada pela igreja na idade média e reafirmada posteriormente pelos cientistas, filósofos e demais pensadores, que ao tempo que a demonizavam também a santificavam estabelecendo papéis diferentes inclusive entre elas. Segundo Mergár<sup>4</sup>: “em meados do século XIX e parte do XX o ideal de mulher era aquele que subordina sua sexualidade à maternidade, em contraposição àquelas dotadas de erotismo, dadas como criminosas, loucas e prostitutas”.

As mulheres esposas e donas de casa, afirmavam a personagem de Maria, pura, santa e assexuada, já para as mulheres que não casavam e não faziam parte desse padrão, eram demonizadas. Percebemos na história dois polos para representação da mulher, de um lado Eva, pecadora, sedutora, culpada pelo pecado e, portanto totalmente demonizada, e no outro lado Maria pura, santa, que era a imagem que deveria ser seguida por todas as mulheres, aquela que concebeu sem pecado, o oposto de Eva destruidora.

Perpetuou-se por séculos essa subjugação da mulher, nada lhe pertencia, não podia ter desejos, não podia opinar, era considerada uma simples propriedade, pertencia ao pai a decisão sobre o seu futuro, arranjando para ela o casamento sem que esta, ao menos conhecesse o dito cujo, não se casava por amor, era realizado um contrato e esse casamento era tido como indissociável, literalmente até que a morte os separe, uma vez casada a mulher perdia todo vínculo com a família dos pais e passava a ser propriedade da família de seu marido.

---

<sup>3</sup> Ribeiro, A. I. M. “Mulheres educadas na Colônia”. In: Lopes, E. M. T.; Faria Filho, L.M.; Veiga, C. G. (Org.). *500 anos de educação no Brasil*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p. 19.

<sup>4</sup> Mergár, Arion. “A representação social do gênero feminino nos...”, p.83.

A autora Saffioti ressalta o papel fundamental das instituições de “poder” em legitimar os estereótipos sexuais, segundo ela: “O papel das doutrinas religiosas, educativas e jurídicas, sempre foi o de afirmar o sentido do masculino e do feminino, construído no interior das relações de poder”<sup>5</sup>.

Essa divisão delimitada de papéis entre homens e mulheres na sociedade patriarcal esteve intimamente atrelada às questões de gênero, as quais submetiam a mulher a uma figura de frágil e pecadora, e por assim ser, condicionada a uma posição de inferioridade, ideias como essas foram transmitidas de geração a geração, a diversos povos e culturas, fortalecendo a ideia de que a mulher tinha como papel exclusivo o de ser mãe e dona de casa. Essa construção está amplamente evidenciada através dos diferentes papéis ocupados por homens e mulheres na sociedade, e que ao longo dos anos têm marcado as mulheres com desigualdade, preconceito e discriminação, afetando-as como um todo, moralmente, fisicamente e psicologicamente.

Para Beauvoir<sup>6</sup> a questão de gênero é algo construído social e historicamente: “Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino”.

No Brasil é no fim do período colonial e com chegada da família real ao Brasil, que se inicia um novo processo em relação aos costumes familiares, a partir de então as mulheres passaram a frequentar espaços públicos, como ruas, teatros, bailes, salão de beleza, antes terminantemente proibidos. Embora as mulheres tenham, a partir desse momento, um vislumbre de uma nova história em sua condição de ser mulher, ainda havia um caminho árduo a ser trilhado, diante de tamanha desigualdade e dominação masculina. Aqui nesse período, a mulher continua sendo alvo de controle, seja dos homens ou de instituições gerenciadas por esses, como a medicina, a igreja, o Estado, controlando suas vontades, seu corpo, seu ir e vir.

Em meados do século XIX, as mulheres de alguns países ocidentais começaram se organizar e questionar sobre as desigualdades e formas de discriminações a que eram expostas, reivindicando igualdade entre os homens. Esses ideários e modificações, ocorridos nos países europeus trouxe reflexos também no Brasil, possibilitando uma nova condução para instruções femininas, surge a partir de então novas possibilidades tais como, aula de piano, dança, escrita e leitura, ressalta-se que tais atividades passaram

---

<sup>5</sup> Saffioti, Heleieth. *Gênero, Patriarcado, Violência*. São Paulo: Perseu Abramo, 1992, p.188.

<sup>6</sup> Beauvoir, S. *O Segundo Sexo: Fatos e Mitos*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1982, p.99.

a fazer parte apenas da vida das mulheres de elite, pois as mulheres pobres e negras continuavam a margem da sociedade.

No início do século XX, as mulheres ainda estavam condicionadas e destinadas a ser a rainha do lar, e deveriam fazer jus a esse título como uma questão de honra. Porém, ao redor do mundo, especificamente nos países ocidentais, a discussão sobre as condições de desigualdades existentes entre homens e mulheres passa a ser pauta de vários acontecimentos, e as mulheres passam a propor e reivindicar direitos, tais como direito ao voto, de instrução, e de exercer uma profissão ou poder trabalhar. Era dada a largada de um caminho de muitos desafios, discriminação e repúdio. Surge aqui as primeiras organizações femininas, que vêm se contrapor às condições da sociedade liberal da época.

No Brasil observamos também os reflexos do que ocorria ao redor do mundo e algumas mulheres já se reuniam para reivindicar direitos, porém timidamente ainda em espaços privados, uma vez que o espaço público era dominado exclusivamente pelos homens, a sociedade brasileira em sua colonização recebeu a herança patriarcal dos países europeus demarcando as distinções dos papéis ocupados pelos homens e pelas mulheres, enfatizadas principalmente pela distinção biológica entre ambos. Rago<sup>7</sup> explica que, a condição imposta à mulher, limitando-a ao âmbito doméstico: “implicou sua completa desvalorização profissional, política e intelectual. Esta desvalorização é imensa porque parte do pressuposto de que a mulher em si não é nada, de que deve esquecer-se deliberadamente de si mesma e realizar-se através dos êxitos dos filhos e do marido”.

No Brasil, as mulheres que faziam parte da elite da sociedade e tiveram oportunidade de estudar e desenvolver-se intelectualmente passaram a questionar e reivindicar direitos, nessa fase timidamente os direitos avocados estavam relacionados à questão do voto, as mulheres ainda não tinham a percepção de sua condição de subjugação, porém já estava acontecendo no Brasil, eventos com temáticas feministas.

E então na década de 1930, no Estado brasileiro, a presença feminina chega às urnas, conquistando o direito de votar e de ser eleita, tendo como marco nesse período a primeira mulher eleita a deputada federal, Carlota Pereira de Queiroz, representando um importante passo na conquista dos direitos. Porém, não houve tempo para comemorar pois o então presidente Getúlio Vargas, fechou o congresso, e suspendeu os direitos de voto em nível nacional, assim permanecendo até 1945. As mulheres continuaram cerceadas em seus direitos, porém o processo de luta continuou, e mulheres de várias

---

<sup>7</sup> Rago, M. *Do Cabaré ao Lar: a utopia da cidade disciplinar*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985, p. 65.

localidades passaram a se organizar e participar de encontros em lugares reservados como igrejas e clube de mães, trazendo em pauta questões que diziam respeito ao trabalho, a educação e a política, recebendo, contudo, influência dos movimentos sociais que foram se formando ao longo das décadas. A partir de 1950, o cenário político social e econômico havia sofrido alterações em todo o mundo, inclusive no Brasil, nesse período o mundo ainda estava vivendo o caos causado por um dos maiores conflitos que a humanidade já viu, a segunda guerra mundial. Na década de 1960, o Brasil passa por uma transformação econômica, política e ideológica, os militares assumem o poder e instauram em 1964 o regime ditatorial, de caráter autoritário e nacionalista que durou 21 anos marcados pela censura de todos os meios de comunicação tortura e exílio. Nesse período, o movimento feminista nos países Europeus e nos Estados Unidos ganhava novas forças, alastrando suas ideias e reivindicações por vários países, chegando ao Brasil com forte influência sobre o movimento das mulheres. O movimento feminista nessa época teve grande impulso devido à publicação do livro “O segundo sexo” de Simone de Beauvoir, o qual debatia questões de gênero.

Chegamos à década de 1970, com varias inovações para as mulheres, uma delas foi a declaração de que o ano 1974 até 1985 foi reconhecida pela ONU como a “Década Internacional da Mulher”. Nesse ínterim aqui no Brasil o governo ainda estava nas mãos dos militares, porém já se observava que as mulheres continuavam a resistir lutando pelos seus direitos. Na década de 1980, a mobilização social impulsiona a redemocratização do país, e o movimento das mulheres passa a se articular de maneira mais organizada, resistindo contra todo sistema de dominação, mulheres em todo o território brasileiro se organizam e passam a escrever suas reivindicações pela cidadania feminina, mostrando que a mulher escreve, tem voz e tem vez.

### **3. A Influência do Movimento Feminista na Conquista dos Direitos das Mulheres no Brasil.**

No ano de 1964 a 1985 é instaurado no Brasil o regime de governo conhecido como o período militar, o qual esteve baseado na censura e na supressão de direitos constitucionais, o qual sofreu forte resistência particularmente dos movimentos sociais, que se organizaram através de vários segmentos reivindicando direitos cerceados e outros jamais reconhecidos. Os movimentos sociais no Brasil nesse período passaram a se opor a ordem vigente, transformam-se em atores sociais destemidos, levantaram a

bandeira em prol da educação, da saúde, dos trabalhadores urbanos e rurais, das mulheres, das crianças e dos diversos segmentos marginalizados da sociedade.

Dos movimentos sociais militantes da época, objetivamos destacar o movimento feminista, considerado um movimento político, social e filosófico que dialoga sobre as demasiadas questões pertinentes a mulher enquanto sujeito de direitos. Pitanguy e Alves destacam a dificuldade de uma conceituação sobre o feminismo, contudo as autoras apontam que: “O feminismo busca repensar e recriar a identidade de sexo sob uma ótica em que o indivíduo, seja ele homem ou mulher, não tenha que adaptar-se a modelos hierarquizados, e onde as qualidades ‘femininas’ ou ‘masculinas’ sejam atributos dos seres humanos em sua globalidade”<sup>8</sup>. Com base neste objetivo, foi constituído politicamente o movimento feminista, inicialmente com um viés sufragista e, posteriormente, pela busca do espaço da mulher nos espaços de poder.

Podemos dizer, portanto, que o feminismo emergiu a partir da luta das mulheres por um tratamento igualitário aos homens. A trajetória de luta enfrentada pelas mulheres brasileiras em busca de reconhecimento pelos seus direitos recebeu forte influência do movimento feminista que ganhou maior representatividade e força em meados da década de 1960 e 1970 na Europa e Estados Unidos, onde as mulheres de maneira organizada passaram a avocar por sua libertação, com isso trazendo em sua pauta principal as questões de gênero, evidenciando a delimitação dos diferentes papéis atribuídos a homens e mulheres, durante os séculos, deixando a mulher à margem da história e invisíveis enquanto pessoa e sujeito de direitos. É numa sociedade enraizada pelo modelo patriarcal na qual o homem exercia o domínio do poder, tanto na esfera pública quanto na esfera privada, que o movimento feminista se propaga, urge a necessidade das mulheres saírem do anonimato e tornarem-se personagens ativas na história.

No Brasil, nas primeiras décadas do século XX, o movimento feminista é elucidado em três momentos, o primeiro momento denominado de feminismo bem-comportado, aqui no Brasil nesse primeiro momento, as reivindicações estavam direcionadas a participação política, direito de votar e ser votada, era a onda do movimento sufragista que foi liderado por Bertha Lutz, uma das primeiras expoentes do movimento feminista no Brasil<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Alves, Branca Moreira; Pitanguy, Jacqueline. *O que é feminismo*. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981, p. 10.

<sup>9</sup> Pinto, Celi Regina. *Uma História do feminismo no Brasil*: São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003, p.119.

O segundo momento é conhecido como feminismo malcomportado, quando outras mulheres cultas (professoras, jornalistas, escritoras e operárias) vão além da preocupação com a participação na vida política, ousam escrever temas polêmicos como sexualidade e divórcio e passam a elucidar a questão de dominação e opressão do homem sobre a mulher e sua privação em ocupar os espaços públicos dominados exclusivamente pelos homens. Nessa fase o movimento feminista resurge de maneira mais radical, principalmente no período que corresponde à ditadura militar. Para autora Joana Pedro, em suas pesquisas sobre as narrativas fundadoras do feminismo da Segunda Onda no Brasil informa que:

Em 1975, devido a definição, pela ONU- Organização das Nações Unidas, daquele ano como o Ano Internacional da Mulher, e do início da Década da Mulher, aconteceu no Brasil o ressurgimento do movimento feminista “organizado”. Este teria sido inaugurado através de uma reunião ocorrida em julho de 1975 na ABI- Associação Brasileira de Imprensa, no Rio de Janeiro, e da constituição do Centro da Mulher Brasileira, também naquela cidade. A partir de então, teria ocorrido o aparecimento de outros espaços de união e movimento feminista em outros lugares do Brasil<sup>10</sup>.

E o terceiro momento foi considerado ainda o menos comportado dos feminismos, tendo os ideários influenciados pelos adeptos do partido comunista e pelo movimento anarquista. A organização dos diversos movimentos sociais, na década de 1980, impulsionou o processo de redemocratização do país, marcando inclusive resistência ao golpe militar iniciado em 1964. Destaca-se que dentre esses movimentos era notória a presença da mulher, fosse ela dona de casa, trabalhadoras, mãe ou estudante. Segundo Maria Amélia de Almeida Telles:

[...] as mulheres ocupam um espaço significativo dentro dos movimentos sociais, porém suas lutas ainda não eram dirigidas e específicas, é nesse momento, que as mulheres passam a se articular com demandas destinadas a sua condição de mulher. Segundo a autora, só mais recentemente, a partir de 1975, com a instauração do Ano Internacional da Mulher, as brasileiras retomaram o movimento feminista, atuando em grupos de estudos e programando jornadas de luta e campanhas de mobilização. Integradas com movimentos democráticos, as feministas brasileiras engrossam fileiras

---

<sup>10</sup> Pedro, Joana Maria. “Novos tempos, antigas questões”. In: Pedro, Joana Maria (org) *Práticas Proibidas: praticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: cidade futura 2003, p.2.

nos movimentos pela anistia, por liberdades políticas e por uma constituinte livre e soberana<sup>11</sup>.

Durantes muitos séculos, as mulheres foram anuladas em sua essência, não tinham compreensão do estado de dominação e subjugação a qual eram submetidas, a partir das transformações societárias, as mulheres começaram a se perceber no processo histórico e desejaram a eles pertencer não apenas como meras coadjuvantes, mas, como protagonistas de uma historia que também era feita por elas. Imbuídas pelo desejo de libertação, clamaram pela igualdade de direitos, é o feminismo com outra perspectiva mais ampliada, as mulheres passaram então, a desejar sua emancipação e empoderamento. Na década de 1980, o cenário político, social e filosófico do Brasil também apontava para outros rumos, e as mulheres encontraram nesse cenário de luta e resistência à oportunidade para conquistar seus direitos. O país, embora extenso na sua territorialidade, conseguiu difundir através do movimento das mulheres a realidade sobre as relações de poder existentes, e a perpetuação enraizada sobre a questão de gênero, agora, mulheres de diversos lugares do país de forma organizada lutava pela conquista da cidadania feminina. No que diz respeito à cidadania temos a compreensão através de Hannah Arendt<sup>12</sup> que sintetiza dizendo que cidadania “é o direito a ter direitos”.

Em 1985, um grande marco em resposta a mobilização feita pelo movimento das mulheres foi a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) o qual se constituiu um espaço de deliberação das questões femininas, promovendo campanhas e debates sobre a temática, influenciando a organização das mulheres por todo o país.

O CNDM tinha como finalidade promover políticas públicas para eliminar a discriminação contra a mulher e facilitar a participação das mulheres em atividades políticas e econômicas, ou seja, atingir o espaço público dominado por muito tempo unicamente pelos homens. No mês de novembro de 1985 o CNDM, lançou uma campanha tendo como slogan “Constituinte para valer tem que ter direitos da mulher”. A campanha foi propagada em diversas regiões do país através de cartazes, folhetos, e mídia, mobilizando mulheres de vários Estados brasileiros, as quais foram impulsionadas a redigir reivindicações nas quais acreditavam que deveriam constar na

---

<sup>11</sup> Telles, Maria Amélia de Almeida. *Breve historia do feminismo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 14.

<sup>12</sup> Arendt, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia. das Letras, 1989, p.331.

Constituição. Sendo assim, o CNDM fortalecido junto ao movimento feminista passa a realizar campanhas que mobilizem mulheres de vários Estados brasileiros, utilizando-se também da estratégia em articular no Congresso, com a bancada feminina, formada pelas 26 (vinte e seis) deputadas eleitas, a fim de dar uma visibilidade maior às reivindicações feitas pelas mulheres, em prol de seus direitos.

Foi devido às mobilizações e articulações realizadas pelo CNDM nos vários Estados brasileiros, através dos conselhos estaduais e municipais, que foram elaboradas as mais variadas sugestões e reivindicações das mulheres, ensejando na elaboração da “carta das mulheres brasileiras aos constituintes”, a qual se transformou em um documento histórico que foi apresentado no memorável evento realizado no Congresso Nacional no ano de 1986, tendo como presidente do congresso na época o deputado Ulysses Guimarães.

O movimento feminista no Brasil em seu momento de apogeu na década de 1980 atuou como um dos atores sociais mais influenciadores e articuladores para mudar a história do país, a conquista da cidadania feminina foi amplamente invocada pelo movimento que apontou na sua organização e articulação os direitos a serem conquistados para que se vivesse em um país democrático com uma constituição livre e soberana.

#### **4. O Lobby do Batom e a Participação das Mulheres na Elaboração da Constituição Federal Brasileira.**

O processo de transição democrática na década de 1980 foi um momento transformador na história da nação brasileira, emergiu uma nova frente de luta que ampliou os conceitos de democracia e igualdade, a atuação dos movimentos populares, movimento de mulheres e feministas foi crucial nesse processo, trazendo notoriedade às relações de desigualdades e discriminações vividas pelas mulheres, apontando para questões tidas como invisíveis dentro de uma sociedade patriarcal. Foi nesse contexto que o feminismo já bastante fortalecido na Europa e Estados Unidos ramificou-se no Brasil, elucidando o desenvolvimento da cidadania feminina e estimulando as campanhas realizadas pelo CNDM e a formação de grupos de reflexões, coletivos de mulheres e centros de estudos em universidades, conseqüentemente, ativando a participação das mulheres de várias regiões do país como trabalhadoras rurais, empregadas domésticas, trabalhadoras das centrais sindicais, dentre outras.

O CNDM, também visitou as capitais do país e firmou parcerias com os movimentos, fortalecendo os Conselhos Estaduais de Direitos das Mulheres e os Conselhos Municipais, todos foram estimulados a apresentar propostas, para a nova constituição. No final de 1986 o CNDM organizou um encontro nacional em Brasília convocando mulheres de todas as regiões do país para apresentar as demandas e propostas que se transformou em um importante documento intitulado a “*Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes*” essa carta foi aprovada e em 1987 foi entregue em mãos pela presidente do CNDM Jacqueline Pitanguy e demais conselheiras ao então deputado Ulisses Guimarães presidente do Congresso Nacional. Destaca-se que, dentre as mais variadas temáticas foram abordadas questões sobre a violência, saúde da mulher, cultura, educação, participação política, família e direito civil, discriminação racial e trabalho no campo.

A atuação do CNDM e a organização dos movimentos, sensibilizou a muitos, e ganhou maior força nacional quando essa mesma carta foi entregue nas assembleias legislativas de vários Estados. Nesse momento já tínhamos um número expressivo de 26 mulheres eleitas no Congresso, das quais raras exceções absorveram as propostas e demandas trazidas na carta das mulheres e passaram também a representar e pressionar os demais constituintes em prol dos direitos das mulheres. Iniciava-se a escrita de uma nova história no cenário político e social brasileiro, era o momento da elaboração de uma nova constituição e a grande oportunidade de se fazer ouvir, e de dizer que uma verdadeira democracia só pode existir com a participação da mulher e consequentemente o reconhecimento positivado da cidadania feminina.

A história registra o apoio da denominada bancada feminina, formada pelas 26 deputadas eleitas que de dentro do congresso passaram a pressionar veemente pelos direitos invocados pelas mulheres e expressos na carta aos constituintes, iniciando assim, o movimento que ficou conhecido como Lobby do Batom, o qual, buscou sensibilizar os demais senadores e deputados quanto a importância de contemplar no texto constitucional as demandas apresentadas pelas mulheres.

O Lobby do Batom atuava dentro do congresso e o CNDM fora, desenvolvendo campanhas na mídia, utilizando filmes na televisão, encartes em jornais e revistas, mensagens nos rádios e outdoors nas capitais.

A conquista em relação ao direito das mulheres incluía um momento crucial a nova constituição de 1988:

[...] ativamente organizada através daquilo que ficou conhecido, através da mídia, como o ‘lobby do batom’, as mulheres brasileiras conseguiram aprovar mais de 80% de suas demandas, que oscilavam entre o princípio geral da igualdade de gênero e demandas específicas tais como a licença maternidade de quatro meses. Nas palavras de Alvarez (1994, p.54), (...) ‘no que tange os direitos’ das mulheres, a constituinte Brasileira de 1988, pode ser considerada uma das mais progressistas hoje, no mundo<sup>13</sup>.

Nesse contexto, o Lobby do Batom é identificado como um instrumento estratégico, que buscou garantir para as mulheres um status constitucional de cidadãs promovendo o reconhecimento legítimo de que as mulheres tem direito a ter direitos, influenciando positivamente não somente a vida das mulheres, mas sobretudo a sociedade, contribuindo com o texto constitucional e a promulgação da Lei Maior.

Sobre esse momento, Pitanguy descreve:

Circulávamos pelo Congresso Nacional de gabinete em gabinete, incorporadas a este grande fluxo de pessoas representando as mais variadas expressões da sociedade brasileira que enchia os corredores daquela casa, que depois de 21 anos de um regime totalitário tinha o compromisso histórico de restaurar os alicerces legais da democracia, da justiça social e da igualdade de gênero, raça e etnia. Lembro-me com nitidez deste caminhar político e da sensação de que estávamos participando, como protagonistas, de um momento histórico<sup>14</sup>.

Esse período de transição democrática representou, portanto, um marco na luta por direitos, era o momento da elaboração de uma nova Constituição e de se “fazer valer” os direitos almejados pelas mulheres. O lobby do batom assumira a representação de todas as mulheres brasileiras, e uma nova história seria escrita.

## 5. Considerações Finais

Pesquisar sobre mulher/poder/historia na contextualização de direitos é se remeter a todo processo de luta para inserção dessas no espaço público, e refletir sobre essas formas de inclusão, levando em conta a tomada de consciência das mulheres em relação a sua própria condição de mulher e a situação de subjugação a qual foi

---

<sup>13</sup> Simões, Solange; Matos, Marlise. “Ideias Modernas e Comportamentos Tradicionais: a persistência das desigualdades de gênero no Brasil”. In: Souza, Márcio Ferreira de. (org.). *Desigualdades de gênero no Brasil: novas ideias e práticas antigas*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2010, p.17-18.

<sup>14</sup> Pitanguy, Jacqueline. As Mulheres e a Constituição de 1988. In: *Seminário Constituição 20 Anos: Estado, Democracia e Participação Popular*. Caderno de Textos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008, p. 69.

submetida por séculos. Os direitos de igualdade alcançados é fruto de uma luta árdua em que as mulheres estavam diretamente envolvidas, seja no contexto internacional ou nacional. A problemática de gênero levantada com o movimento feminista impulsionou a luta, luta essa que não para, pois o enfrentamento correspondente a subjugação feminina, e a de inferiorização a qual foi submetida ao longo dos séculos ainda é presente no cotidiano, portanto resistir e lutar, são verbos indissociáveis na história de conquista dos direitos das mulheres.

### Referências Bibliográficas

- Alves, Branca Moreira; Pitanguy, Jacqueline. *O que é feminismo*. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.
- Arendt, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia. Das Letras, 1989.
- Beauvoir, S. *O Segundo Sexo: Fatos e Mitos*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1982.
- Costa, Ana Alice. *Gênero, poder e empoderamento das mulheres*. [em linha] 2008. <[http://www.adolescencia.org.br/empower/website/2008/imagens/textos\\_pdf/Empoderamento.pdf](http://www.adolescencia.org.br/empower/website/2008/imagens/textos_pdf/Empoderamento.pdf)> [03 julho 2016].
- Mergár, Arion. *A representação social do gênero feminino nos autos criminais na Província do Espírito Santo (1853-1870)*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em História Social das Relações Políticas, Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais.
- Pedro, Joana Maria. “Novos tempos, antigas questões.” In: Pedro, Joana Maria (org) *Práticas Proibidas: praticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: cidade futura 2003.
- Pitanguy, Jacqueline. “As Mulheres e a Constituição de 1988”. In: *Seminário Constituição 20 Anos: Estado, Democracia e Participação Popular*. Caderno de Textos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008, pp. 69-71.
- Pinto, Celi Regina. *Uma Historia do feminismo no Brasil*: São Paulo: Fundação Perseu Abrano, 2003, p.119.
- Rago, M. *Do Cabaré ao Lar: a utopia da cidade disciplinar*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.
- Ribeiro, A. I. M. “Mulheres educadas na Colônia”. In: Lopes, E. M. T.; Faria Filho, L.M.; Veiga, C. G. (Org.). *500 anos de educação no Brasil*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.p.79-94.

Saffioti, Heleieth. *Gênero, Patriarcado, Violência*. São Paulo: Perseu Abramo, 1992.

Telles, Maria Amelia de Almeida. *Breve historia do feminismo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

Simões, Solange; Matos, Marlise. “Ideias Modernas e Comportamentos Tradicionais: a persistência das desigualdades de gênero no Brasil”. In: Souza, Márcio Ferreira de. (org.). *Desigualdades de gênero no Brasil: novas ideias e práticas antigas*. Belo Horizonte: Argumentvm, 2010.



# MULHERES NA POLÍTICA, DO DESEJO À REALIDADE. IGUALDADES E DESIGUALDADES\*

## WOMEN IN POLITICS, THE DESIRE TO REALITY. EQUALITIES AND INEQUALITIES

Olívia de Carvalho<sup>1</sup>

*Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT).*

Elza Pais<sup>2</sup>

*Universidade Nova de Lisboa.*

**Resumo:** Promover a igualdade de género e o *empowerment* das mulheres é um dos objetivos de desenvolvimento do milénio (3). Nesse sentido refletimos, analisamos e interpretamos a situação atual das mulheres, no campo da política, procurando identificar os fatores que promovem, ou inibem, a sua participação. Pretendemos, também, avaliar a igualdade e desigualdade, nos campos da Decisão Política e na Decisão Económica, tomando em conta que os progressos, em matéria de representação das mulheres no poder executivo, são ainda mais lentos.

Em 2010, apenas nove dos 151 chefes de Estado eleitos e 11 dos 192 chefes de governos eram mulheres e, a nível mundial, as mulheres só detêm 16% dos cargos ministeriais.

Situando o tema numa perspetiva psicodinâmica e, segundo a teoria Freudiana, é o desejo que move o aparelho psíquico, que faz sonhar. Os sonhos são realizações de um desejo, não são, portanto, destituídos de sentido. A não realização do desejo conduz ao recalçamento, baixo sentido de eficácia, baixa autoestima que inibem a participação.

As mulheres sonham; os homens sonham, essa é uma característica humana, que não tem género. Torna-se pertinente perguntar: Desejam as mulheres, tanto como os homens, tornar o mundo melhor; criar um mundo mais justo, mais fraterno, serem agentes ativos nessa mudança? Encontrada a resposta a esta questão, o nosso objetivo é identificar os fatores que condicionam a atividade política das mulheres e propor formas de alterar esta realidade.

**Palavras-Chave:** Género, Igualdade, Participação, Desejo, Política.

**Abstract:** Promote gender equality and the empowerment of women is one of the millennium development goals (3). In this sense we reflect, analyze and interpret the current situation of women in politics, trying to identify the factors that promote or inhibit their participation. We also wanted to evaluate the equality and inequality in the fields of policy decision and Economic Decision. The progress in the representation of women in the executive branch are even slower.

In 2010, only nine of 151 elected heads of state and 11 of 192 heads of government were women and, globally, women hold only 16% of ministerial posts.

Situating the subject in a psychodynamic perspective and, according to Freudian theory, it is the desire that moves the psychic apparatus, which makes dream. Dreams are achievements of a desire, they are not, therefore, devoid of sense. The non-fulfillment of desire leads to repression, low sense of efficacy, low self-esteem that

---

\* Texto que corresponde à comunicação apresentada no Congreso Internacional de Historia de los Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca “El Cincuentenario De Los Pactos Internacionales De Derechos Humanos De La Onu” Homenaje A La Profesora M<sup>a</sup> Esther Martínez Quinteiro, em Salamanca, 4-7 octubre 2016.

<sup>1</sup> olivia@upt.pt

<sup>2</sup> elzapais@ps.parlamento.pt

inhibit participation.

Women dream; men dream, this is a human characteristic, which is genderless. It is pertinent to ask: They want women as much as men, make the world better; create a fairer, more fraternal, be active agents in this change? Found the answer to this question, our goal is to identify the factors that influence the political activity of women and propose ways to change this reality.

**Keywords:** Gender, Equality, Policy, Interest, Desire.

O princípio da Igualdade, constitucionalmente garantido, é uma questão de justiça e garantia dos direitos humanos fundamentais, mas é também um fator de coesão social e territorial e é uma condição para o desenvolvimento sustentável, como tem vindo a ser revelado pelos indicadores de desenvolvimento dos relatórios dos principais organismos europeus e internacionais<sup>3</sup>.

Para além do estímulo interno, na realização dos desejos, quer as mulheres quer os homens encontram barreiras e facilitadores que inibem ou promovem a sua concretização. Para as mulheres as barreiras são sempre maiores, o que tem como efeito a diminuição do desejo que conduz ao recalçamento. Não será, por isso, a motivação que condiciona o nível de participação, mas sim fatores externos, ambientais.

Torna-se necessário, por isso, identificar esses fatores para sobre eles atuarmos, derrubando barreiras. As medidas de discriminação positiva continuam a ser o principal fator impulsionador do progresso das mulheres neste domínio e a legislação pode servir como instrumento para a mudança das práticas, da cultura e das mentalidades, conduzindo a um nível mais elevado de participação das mulheres na política. As práticas quotidianas - tradicionalmente, assentes em estereótipos de género e preconceitos - devem acompanhar a evolução legislativa e até avançar, de forma a promoverem mudanças neste domínio, para alterar representações e comportamentos em prol de uma sociedade mais igual.

As mulheres estão lentamente a aceder ao poder político, sobretudo graças a quotas e a outras medidas especiais. Entre 1995 e 2010, a proporção de mulheres no parlamento, passou de 11% para 19%, o que representou um aumento de 73%. No entanto, a percentagem continua a ficar muito aquém da paridade de género.

As mulheres europeias continuam com uma enorme diferença na igualdade em relação aos homens. Segundo o Instituto Europeu para a Igualdade de Género que

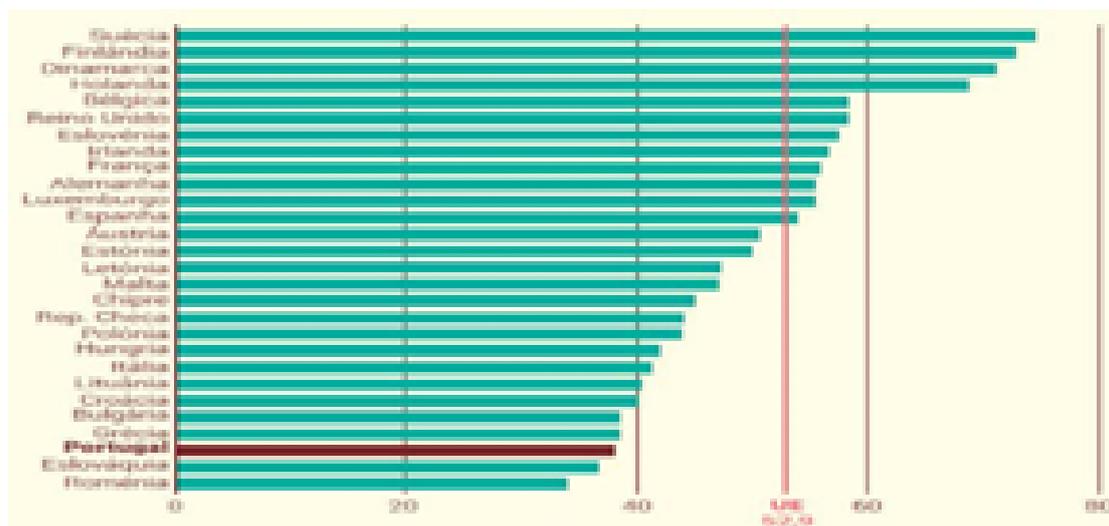
---

<sup>3</sup>Pais Elza. *Moção Novas Lideranças, candidatura ao Departamento Nacional de Mulheres Socialistas* [em linha]. Portugal, 2016 <<http://www.ps.pt/wp-content/uploads/2016/05/elza-pais-novas-liderancas.pdf>> [8 setembro 2016].

avalia o impacto das políticas de igualdade de género na União Europeia, ao longo do tempo - através do impacto dos fatores trabalho, dinheiro, conhecimento, tempo, energia e saúde - Portugal está no fundo da tabela. Somente a Roménia e Eslováquia estão abaixo de Portugal relativamente às diferenças entre homens e mulheres. Situação diferente é a dos países nórdicos, Suécia, Dinamarca e Finlândia que se encontram na frente da lista.

Tempo e poder continuam a ser os fatores que mais influenciam os resultados das desigualdades<sup>4</sup>

**Gráfico 1.**  
**Portugal é o terceiro país mais desigual da União Europeia**



Fonte: EIGE

Da análise dos seis fatores já referidos<sup>5</sup>, em 2012 a situação melhorou ligeiramente, no que diz respeito à média global dos da UE dado que em 2005, o índice era 51,3 e em 2010 era 52,4<sup>6</sup>.

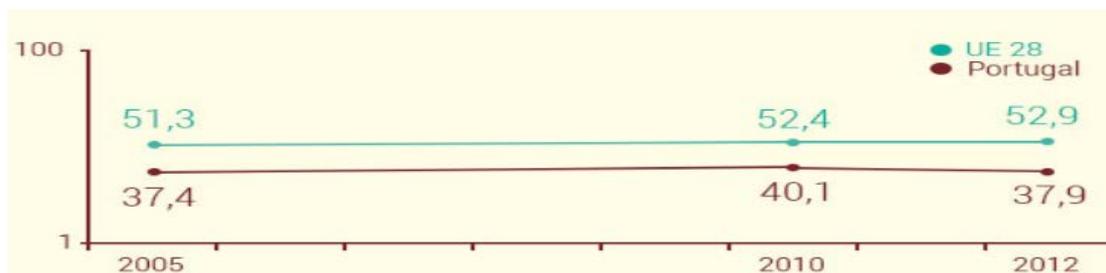
Em 2005, Portugal era o quarto país mais desigual, em 2010 estava na sexta pior posição e em 2012 teve o pior resultado de sempre neste índice.

<sup>4</sup> Ver: <<http://eige.europa.eu/gender-statistics/gender-equality-index/about>> [8 setembro 2016].

<sup>5</sup> Comissão Europeia, do Eurostat, da Eurofound (Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho) e da FRA (Agência Europeia para os Direitos Fundamentais).

<sup>6</sup> International Social Survey.

**Gráfico 2.**  
**Igualdade de género caiu em Portugal**



Fonte: EIGE

Os fatores tempo e poder contribuem para acentuar as diferenças entre homens e mulheres na União Europeia. Relativamente ao fator tempo 24% dos homens empregados dedicavam pelo menos uma hora do seu dia a cuidados com a casa e com a família, muito aquém dos 77% das mulheres que, nas mesmas condições empregava o tempo desta maneira.

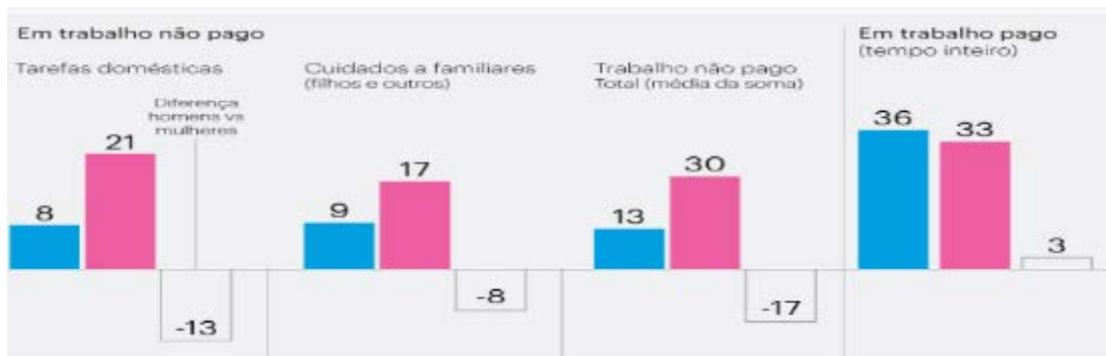
No que diz respeito ao poder, em 2012, 78% das posições ministeriais e 75% da representação no parlamento eram masculinas.

A família constitui ainda um cenário de desigualdades de género persistentes<sup>7</sup>, mostram os mais recentes dados sobre a divisão de tarefas nos lares portugueses. Em 2014 estudos revelam que os homens gastam oito horas por semana em “tarefas domésticas” e 9 horas nos cuidados a familiares, enquanto as mulheres despendem 21 ao trabalho doméstico e 17 horas a cuidados a familiares. No entanto, entre os casais mais jovens notam-se diferenças. Os casais mais jovens têm de facto uma divisão menos desequilibrada das tarefas domésticas. Na cozinha os homens começam a marcar presença de forma crescente, quer dividindo tarefas, quer tomando a responsabilidade da tarefa. Assim, mais de um quarto dos casais jovens dividem as tarefas relacionadas com a confecção das refeições<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Ver: <<http://eige.europa.eu/rdc/eige-publications/gender-equality-index-2015-measuring-gender-equality-european-union-2005-2012-report>> [8 setembro 2016].

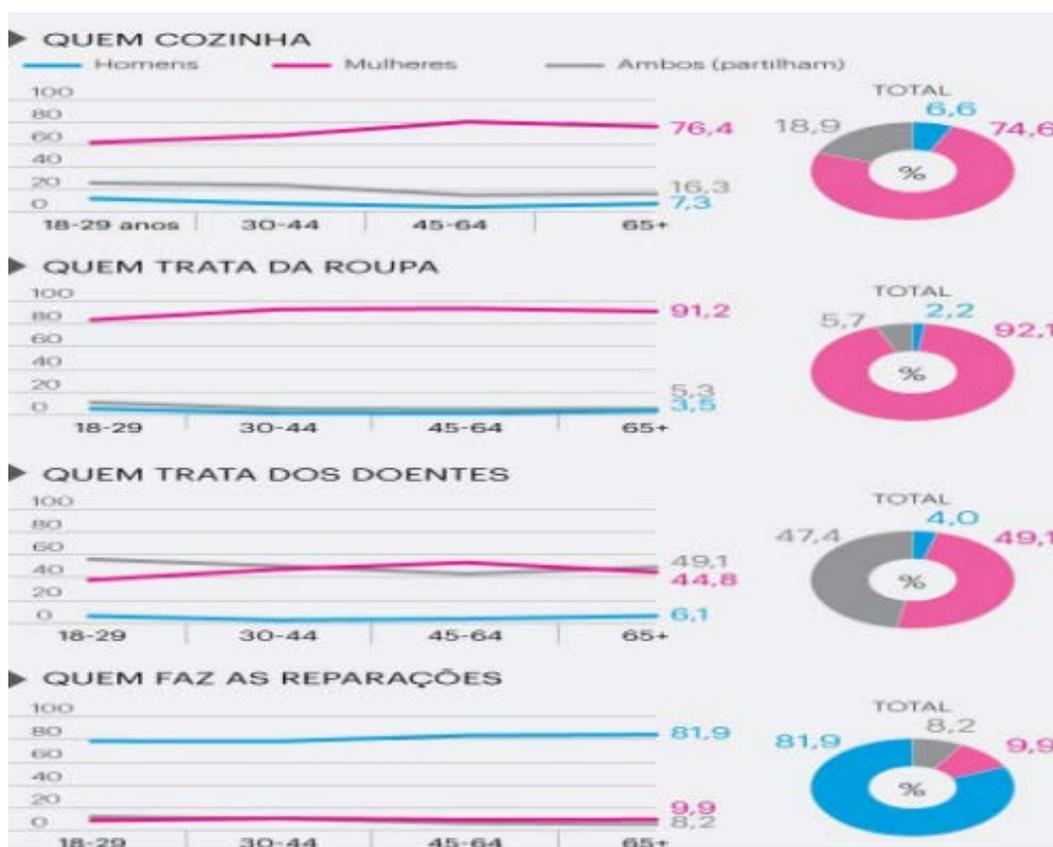
<sup>8</sup> Rodrigues, Leonor; Cunha, Vanessa e Wall, Karin. *Homens, papéis masculinos e igualdade de género*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa/ Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, 2015.

**Gráfico 3.**  
Os homens e a igualdade de género - Horas/semana despendidas



Fonte: Rodrigues, Leonor; Cunha, Vanessa e Wall, Karin. *Homens, papéis masculinos e igualdade de género*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa/ Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, 2015.

**Gráfico 4.**  
Os homens e a igualdade de género - Divisão conjugal das tarefas domésticas.  
Por faixa etária em %



Fonte: Rodrigues, Leonor; Cunha, Vanessa e Wall, Karin. *Homens, papéis masculinos e igualdade de género*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa/ Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, 2015.

Questionados homens e mulheres sobre se “todas as tarefas domésticas” devem ou não ser divididas de forma igualitária, 74% e 81,4%, respectivamente, acreditam que sim o que revela as diferenças entre a norma da igualdade a nível dos valores e as práticas dos casais que estão longe de ser igualitárias.

Num estudo realizado em 2014<sup>9</sup>, conclui-se que, mesmo entre os casais mais jovens, continuam a ser as mulheres a organizar a vida doméstica, enquanto eles ficam num papel de retaguarda; 39,4% das mulheres inquiridas, contra 30,2% dos homens, subscrevem a afirmação “Na minha vida do dia-a-dia, raramente tenho tempo para fazer as coisas de que realmente gosto”.

Na amostra do referido estudo, composta por cerca de dez mil sujeitos, as mulheres abdicam, muito mais do que os homens, do tempo para si próprias, deixando de realizar atividades que lhes dariam gratificação. É de notar que, apesar das desigualdades verificadas, o estudo revela que cerca de sete em cada dez mulheres consideram que a parte que lhes cabe das tarefas domésticas corresponde ao que é justo, o que indica a falta de consciência sobre as injustiças associadas a esta realidade.

Relativamente à situação na área da Economia e das Finanças o défice de paridade é muito elevado; no PSI 20 há zero presidentes e a nível geral, apenas 28,5% dos cargos de liderança ou gestão das empresas em Portugal são ocupados por mulheres - uma melhoria de 5,2 face aos últimos cinco anos – e este valor aumenta para 32,3% nas startups. É de notar que na análise de 22 mil empresas de 91 países<sup>10</sup>, verificou-se que uma empresa rentável, em que 30% dos cargos de liderança sejam ocupados por mulheres pode conseguir uma rentabilidade 15% superior a uma empresa, (também rentável), que não tenha qualquer mulher na liderança.

No campo do investimento, a representação feminina é também inferior: apenas 7% das sócias de empresas de *Venture Capital* são mulheres, de acordo com a *Crunchbase*. A verdade é que, apesar de mais de metade da população europeia ser feminina, menos de 30% de todos os empreendedores são mulheres.

Os Estereótipos relacionados com os papéis de género e os comportamentos, relevantes para cada um dos sexos, assumem um determinismo que a educação pode alterar. Continua a esperar-se das mulheres que tenham um comportamento mais

---

<sup>9</sup> Ver: <<http://eige.europa.eu/rdc/eige-publications/gender-equality-index-2015-measuring-gender-equality-european-union-2005-2012-report>> [8 setembro 2016].

<sup>10</sup> “Is gender diversity profitable”, estudo realizado por investigadores do Peterson Institute for International Economics e da Georgetown University.

passivo e a pressão da sociedade conduz à falta de confiança, porque há falta de estímulos para impulsionar as mulheres. Embora seja importante para elas a sua participação na política ou nos negócios “o problema é conciliar os dois. É de notar que quando um homem tem filhos, a sua carreira progride e quando uma mulher tem filhos, a sua carreira regride. As mulheres não nascem naturalmente assim, com falta de autoconfiança intrínseca que as impede de avançar. É antes a ordem social de género que as limita.

Manter-se na “zona de conforto” significa conformar-se ao que é habitual e não desafiar a norma social e o que é habitual é ser o homem empreendedor e não a mulher. Mesmo assim<sup>11</sup>, o número de mulheres no poder, na Europa, tem aumentado. Contando com a antiga comissária europeia Dalia Grybauskaite, agora na presidência da Lituânia, e Marie Louise Coleiro Preca, na presidência de Malta. Também na Noruega e na Polónia as primeiras-ministras são mulheres. Na América do Sul, Michelle Bachelet é a única representante feminina no mais alto cargo de um país, o Chile e o mesmo acontece com Hilda Heine, presidente da Ilhas Marshall, na Oceania. A presidente das Maurícias é também uma mulher e na Libéria a situação é semelhante. A esta lista soma-se Saara Kuugongelwa-Amadhila, primeira mulher primeira-ministra da Namíbia.

A Ásia tem três mulheres presidentes e duas primeiras-ministras. Tsai Ing-wen é, desde Janeiro, a primeira mulher a atingir o mais alto cargo do país em Taiwan. Park Geun-Hye foi eleita, em Dezembro de 2012, presidente da Coreia do Sul e Bidhya Bhandaria foi eleita pelo parlamento para a presidência do Nepal.

O Bangladesh tem Sheikh Hasina Wajed como primeira-ministra e na Birmânia, Aung San Suu Kyi, que ganhou com larga maioria as eleições de Novembro de 2015, viu-se impedida pela constituição do país de ser presidente e foi, por isso, forçada a colocar nesse cargo um homem da sua confiança.

Na área da economia, existem algumas mulheres a assumirem a liderança de bancos centrais. Por exemplo, a presidente da Reserva Federal norte-americana e a governadora do Banco Central da Rússia e a líder do Banco Central da Argentina. Nos PALOP existe também uma mulher que já foi ministra das Finanças e primeira-ministra de São Tomé e Príncipe, governadora do Banco Central daquele país africano desde 2011.

---

<sup>11</sup> De acordo com um estudo realizado pela Agência France Presse, cit JORNAL ECONÓMICO, Andrew Yates/Reuters.

No entanto, seria uma longa tarefa replicar, com os homens, a enumeração dos mais altos cargos ocupados por mulheres, pois a lista seria interminável.

### **Conclusão**

As mulheres europeias continuam a meio caminho da igualdade em relação aos homens.

Num exercício de empatia, indo ao encontro da perspectiva “Teoria da Mente” talvez tenhamos que usar umas lentes masculinas para a leitura da realidade, para a perceber do ponto de vista dos homens e partindo desse ponto promover a igualdade.

As lideranças não se alteram, ou alterar-se-ão muito lentamente, se não houver uma imposição que reforce a paridade nos cargos de decisão. Assegurar uma representatividade equilibrada de homens e mulheres nos cargos de decisão é fundamental para o reforço da justiça social e aperfeiçoamento da democracia, como reconhece a ONU.

A Lei da Paridade constituiu, em Portugal, um marco decisivo para aumentar a representatividade das mulheres na política. Pela primeira vez na história da democracia portuguesa se atingiu, nas últimas eleições legislativas, uma representatividade de 33%, na AR, ou seja, 76 mulheres no universo de 230 deputados.

Ao nível do poder local, a situação também se alterou, sobretudo nos executivos municipais, atingindo uma representatividade de 26% de mulheres, ou seja, 547 mulheres no universo de 2.086 membros efetivos nos executivos municipais. Já ao nível das presidências de câmara, temos apenas 24 mulheres, ou seja 8%, no universo de 308 municípios – número que fica muito aquém do desejável.

Torna-se urgente a ação ao nível político, com a representação nos parlamentos pois estes são os contextos mais importantes para a implementação de medidas que promovam a igualdade de género, o *empowerment* das Mulheres<sup>12</sup>, e a sensibilização para a igualdade e para os benefícios sociais de valorizar a contribuição das mulheres para o desenvolvimento e progresso. Esta terá que ser a maior prioridade.

---

<sup>12</sup> Ver: <<http://www.ps.pt/2016/09/opiniao-a-lideranca-nao-tem-genero/>> [8 setembro 2016].

## Referências Bibliográficas

- Connell, R. W. *Gender & Power*. Cambridge: Polity Press. 1987
- *Gender*. Cambridge: Polity Press. 2002
- Delphy, Christine. *L'Ennemi principal. Économie politique du patriarcat*. Paris: Editions Syllepse, 1998.
- European Union. *Conferência de encerramento "Mulheres na Política: entre experiência e dejeso"*. Code IWP, FPCEUP. 27/28 junho 2016 [em linha]. <<http://www.womens participation.com/pt/news-events>> [07 setembro 2016]
- Hakim, Catherine. *Models of the family in Modern Societies*. Aldershot: Ashgate, 2003.
- Nações Unidas. *Relatório sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milénio* in Departamento de Informação Pública da ONU – DPI/2517C, 2010 [em linha]. <[www.mdgmonitor.org](http://www.mdgmonitor.org)> [15 julho 2016]
- *What Will it Take to Achieve the Millennium Development Goals? -- An International Assessment*. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2010
- Nascimento, Rui Pedro. *Opinião: A liderança não tem género* [em linha]. Partido Socialista. 9 de junho 2016 <<http://www.ps.pt/2016/09/06/opinioa-a-lideranca-nao-tem-genero/>> [8 setembro 2016]
- Organização Internacional do Trabalho. *Give Girls a Chance: Tackling Child Labour, a Key to the Future*, 2009.
- Pais Elza. *Moção Novas Lideranças, candidatura ao Departamento Nacional de Mulheres Socialistas* [em linha]. Portugal, 2016 <<http://www.ps.pt/wp-content/uploads/2016/05/elza-pais-novas-liderancas.pdf>> [8 setembro 2016].
- Perista, Heloísa *et al.* *Os Usos do Tempo de Homens e de Mulheres em Portugal*. Lisboa: Centro de Estudos para a Intervenção Social / Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, 2016.
- Reis Jorge, Ana. "Karin Wall e Lígia Amâncio (orgs.), *Família e Género em Portugal e na Europa*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais: 2007". *Configurações*, 2008, 4, pp. 143-155.

Rodrigues, Leonor; Cunha, Vanessa e Wall, Karin. *Homens, papéis masculinos e igualdade de género*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa/ Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, 2015.

Wall, Karin & Lúcia, Amâncio (orgs.) *Família e Género em Portugal e na Europa*, Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2007.

*V.2. VIOLENCIA POR RAZÓN  
DE GÉNERO VERSUS IGUALDAD*



# EL DISCURSO COMO PERPETUADOR DE LA VIOLENCIA \*

## SPEECH AS A PERPETRATOR OF VIOLENCE

María Auxiliadora León Molina  
*Universidad de Coimbra, PHD candidate*

**Resumen:** Este trabajo es producto de una investigación etnográfica efectuada dentro de un centro de acogida y en el pabellón de violencia del hospital psiquiátrico de Coimbra-Portugal. Durante la pesquisa se identificaron algunos discursos transmitidos, desde una tradición social, que pretenden justificar los maltratos contra la mujer y que las víctimas acaban por asumir como reales. El camino para mudar las narrativas de las agresiones se convierte así en un desafío para las propias mujeres como para las instituciones que trabajan en la intervención y reivindicación de los Derechos Humanos.

**Palabras claves:** Violencia doméstica, Género, Tradición, Antropología.

**Abstract:** This article is the result of an ethnographic study developed in a shelter and the violence unit of a health center in Coimbra-Portugal. The research involved the identification of some speeches transmitted from a social tradition that seek to justify the abuse against women, and which the victims subsequently assume as real. The way to change the narrative of the aggression becomes a challenge for women themselves and for the institutions involved in the intervention and the claim of Human Rights.

**Keywords:** Domestic violence, Gender, Tradition, Anthropology.

### 1. Introducción

Investigar sobre violencia doméstica contra las mujeres no implica, por defecto, analizar exclusivamente el maltrato al que las víctimas fueron sometidas dentro de un hogar y a través de un hombre: también involucra considerar el contexto en el que ellas vieron vulnerados sus derechos por medio de discursos y estereotipos supuestamente justificados, bajo el escudo de la tradición, y que son divulgados en su red familiar o círculo íntimo. Estos argumentos posteriormente son replicados en instituciones que procuran mantener un orden aceptado y establecido: la mujer como un ser sumiso.

En este trabajo se evidencian algunos de los falsos paradigmas a los que las víctimas se han enfrentado por años y que, en el momento de querer romper con el ciclo de agresiones, se convierten en un muro difícil de desmoronar para ellas mismas.

Esa pared puede tener forma de resistencia, impotencia o hasta de incompreensión, pues la reivindicación de sus derechos es algo que no necesariamente se plantearon al huir de una relación violenta o al reconocer que están dentro de ella.

---

\* Este artículo forma parte del proceso actual de investigación de la autora en el curso de su Doctorado en Antropología Social y Cultural. Debido a que el tema involucra a personas que han denunciado un crimen, se mantiene por seguridad su anonimato.

La pesquisa etnográfica fue realizada con 33 mujeres que llegaron a un centro de protección tras vivir en un ambiente de violencia doméstica, así como con 7 usuarias del hospital psiquiátrico de Coimbra que acuden a consultas y grupos de ayuda para superar el maltrato, pero que no en todos los casos se han separado del agresor.

Durante el acompañamiento, además, se consiguió conocer cómo en las dos instituciones se trabaja para que ellas replanteen su proyecto de vida y desmitifiquen algunas concepciones sobre ser mujer, las relaciones, el amor y el matrimonio.

## **2. Las palabras que minan la individualidad y los derechos**

### **2.1. Dichos y hechos en una comunidad de inserción**

Durante el proceso de investigación<sup>1</sup>, que involucró como metodologías base la observación participante y las entrevistas semiestructuradas, fue posible conocer un conjunto de ideas preconcebidas que evidencian el carácter transversal de la violencia doméstica, y que funcionan como creencias que perpetúan el abuso y se vuelven relevantes para decidir si se abandona la relación abusiva o se busca una intervención legal/institucional que evite nuevos episodios de agresión.

Durante las charlas con quienes habitaban en el centro de acogida, creado y sustentado por la Iglesia Católica, fue posible reconocer en los diálogos que la vulneración de sus derechos si bien fue más evidente en el hogar del que huyeron, la construcción de los estereotipos de género se extendían más allá de las paredes de su antigua casa.

Por ejemplo, y como una forma más sintetizada y rápida de transmisión de los resultados, existían grupos formados entre las usuarias de la casa de acogida –denominada formalmente como comunidad de inserción<sup>2</sup>– que permitían notar sus afinidades, diferencias y formas de pensar sobre la violencia y cómo superarla. En concreto, existían tres grupos de mujeres que durante las refecciones mostraban mayor visibilidad, pues se asociaban por mesas para compartir los alimentos.

---

<sup>1</sup> Se dedicaron 8 meses de investigación para el trabajo de campo entre los dos espacios institucionales. Cuatro en el centro de acogida y cuatro en el centro de salud entre los años 2015 y 2016.

<sup>2</sup> La Dirección General de Solidaridad y Seguridad Social –DGSSS– 2004 las definió como “una repuesta social que comprende un conjunto de acciones integradas, con vista a la inserción social de diversos grupos objetivos que, por determinados factores, se encuentran en situación de exclusión o de marginación social”. Los espacios forman parte de una Red de Servicios y Equipamientos Sociales (RSES) que intervienen en la promoción de derechos e inclusión de las mujeres en general. Junto con las casas abrigo se encuentran enmarcadas como formas de apoyo y protección a mujeres en situación vulnerable, sobre todo aunque no exclusivamente en caso de violencia doméstica. En Tavares Da Luz Costa, Ana Rita. *Projectando “casas” numa instituição*, Trabajo de Fin de Máster, Faculdade de Ciências e Tecnologia Universidade de Coimbra, Departamento Ciências da Vida, 2012, p. 9.

De esta forma, la división física del espacio reflejaba cómo las mujeres crean nuevas alianzas de soporte tras ser expulsadas o necesitar huir del que consideraban su espacio de afecto. Tal como indica Hall “es esencial comprender que el espacio de carácter fijo constituye el molde que adapta una buena parte del comportamiento humano”<sup>3</sup>.

Y así como ese nuevo molde permitía reconocer nuevos lazos, también reflejaba sus experiencias individuales. En una de las mesas –donde se situaban las mujeres que ya habían llegado a la comunidad hace más de seis meses- se ubicaban quienes eran creyentes (se declaraban católicas), pero al mismo tiempo cuatro de las usuarias habían iniciado la relación con el agresor, conociendo previamente que él tenía otra pareja “oficial”. En los cuatro casos procrearon un hijo con él.

Cuando se consultaba durante nuestras conversaciones la razón por la que se mantuvo la relación con el agresor, a pesar de que ya se habían registrado hechos violentos, señalaban explicaciones como las siguientes<sup>4</sup>:

S: “Mi papá le pegaba a mi mamá y mi abuelo igual le pegaba a mi mamá. El hombre pega”.

D: “Toda mujer necesita un hombre y si es el padre de tu hijo, con ese te quedas”.

F: “Me quedaba para demostrarle que era buena esposa”.

AP: “Así uno crece, aprendiendo que las cosas son así”.

T: “Yo cumplí todos los sacramentos desde chiquita. No iba a romper ahora uno”.

Estos discursos asumieron una determinada tradición que se revela como patriarcal y que viene dada por una educación en el hogar, institucional e, incluso, religiosa. Estas posturas se aprehendieron como realidades indiscutibles y así culturalmente se les negó que conozcan las alternativas tanto legales como sociales para acabar con una relación violenta.

Como refiere Isabel Dias en su texto *Violência na Família. Uma abordagem sociológica* no todas las mujeres tienen la percepción de que existe la posibilidad de elegir acabar con la relación, porque ni siquiera tienen una posición de igualdad para asumirlo<sup>5</sup>. Es decir, interiorizaron un papel de género erróneo en el que la equidad no forma parte de la relación conyugal y, por lo tanto, reformular las normas de género se torna vital como forma de sobrevivencia.

---

<sup>3</sup> Hall, Edward T. *A dimensão oculta*. Lisboa: Relógio D'Água, 1986, p. 125.

<sup>4</sup> Los diálogos que se colocan de la comunidad de inserción fueron captadas entre enero y abril de 2015, tiempo en que se efectuó la observación participante en el lugar.

<sup>5</sup> Dias, Isabel. *Violência na Família. Uma abordagem sociológica*. Porto: Biblioteca das Ciências Sociais. Edições Afrontamento, 2004, p.127.

Incluso algunas mujeres revelaron mantener temporalmente la relación como una forma de adaptación a las normas sociales (ser buena esposa, si es el padre de tu hijo con él te quedas, etc.), algo que según señala Rodrigo Rosa en su estudio *Casamento e Desigualdade* evidencia que si bien podemos asumir que en nuestras sociedades la selección del cónyuge es individual, aún “no es posible proclamar que esa elección esté libre de condicionamientos sociales”<sup>6</sup>.

Vega y Gómez también aseveran que la violencia doméstica contra las mujeres y en la relación de pareja aparece usualmente motivada por la transgresión de papeles o el incumplimiento de las llamadas responsabilidades asignadas por la división sexual, así como por la identidad femenina (polarizada en santa o peligrosa) mientras que la masculina se encuentra libre de vivir su sexualidad a su manera<sup>7</sup>.

Se debe dejar claro, sin embargo, que esto no implica que previamente las mujeres acompañadas no hayan analizado la posibilidad de poner fin al proceso traumático por el que pasaban. Algunas revelaron que lo habían pensado sin llegar a concretarlo, ya sea porque al compartir su realidad recibían la respuesta de alguien que asumía la violencia como algo permisible o porque debían recurrir a varias fuentes de apoyo donde se avergonzaban de contar lo sucedido (principalmente policías, abogados, personal de centros de ayuda):

M: “Mi mamá no me apoyaba porque estas cosas son privadas”.

I: “Él me consiguió trabajo y me ayudó a tener nacionalidad portuguesa... Temía que luego la policía me expulse del país porque iban a pensar que me quedé con él por eso”.

C: “No entendía cuando S. –funcionaria del lugar- me pedía iniciar el divorcio porque yo viví otras cosas con él, solo que ella no sabe. Pero ya decidí que sí me voy a divorciar”.

Así la estructura social era visualizada como un elemento que bien las empujaba a desistir de una búsqueda de soluciones o que incluso amenazaba su deseo de escapar de la violencia. Y aun así esto, al mismo tiempo, evidencia que las mujeres maltratadas no son, como describía el modelo *learned helplessness*<sup>8</sup>, personas con un carácter pasivo y estático ya que sí encaran su realidad a pesar del miedo y la desprotección.

Continuando con las experiencias captadas en la comunidad, en otra de las mesas - donde generalmente se ubicaban las residentes con hasta 6 meses de llegada- se pudo reconocer a un grupo con mayor diversidad religiosa (dos católicas, una evangélica, una agnóstica, una atea y

<sup>6</sup> Rosa, Rodrigo. *Casamento e Desigualdade Uma análise da diferenciação social no casal*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2013, p. 39.

<sup>7</sup> Vega, Silvia, & Gómez, Rosario. *La violencia contra la mujer en la relación doméstica: la más callada y frecuente violación de los derechos de las humanas*. Lima: Red entre Mujeres, 1993, p. 196.

<sup>8</sup> Descrito con mayor profundidad en el estudio *Women, violence & social change* de Emerson Dobash y Russell Dobash, 1992.

otras tres que en sus palabras se declaraban “respetuosas” lo que implicaba no querer emitir opiniones sobre temas religiosos). Al mismo tiempo, en este grupo se observó una mayor ambigüedad sobre si se debía o no volver con el agresor<sup>9</sup>.

FB: “No soy como las demás. A mí me pegó solo una vez y lo de los gritos lo podemos superar. No es como el caso de ellas”.

SM: “Yo le muestro vea –mientras señala la Biblia evangélica- que aquí dice que la mujer tiene que aprender del marido”. Se fue de la comunidad tras un mes de estancia.

R: “Ese maldito ya se murió, yo no tengo que cambiar y a mi no me tienen que enseñar nada. Acaso yo era la mala?”.

Como se puede observar con estos pequeños fragmentos, las narrativas de estas mujeres están más ligadas a mantener las cosas o las situaciones como se encuentran. Es decir, sin involucrar mudanzas en su forma de pensar y actuar.

Para White, las ‘narrativas son un vehículo de la cultura’ y, en el caso de la mujer maltratada, sus diálogos comunican “mensajes culturales dominantes (por ejemplo: mitos)”<sup>10</sup>. En estos casos la postura predominante era que el orden establecido, machista regularmente, no debía variar.

Cuando se presentan estas creencias, la intervención se vuelve vital para que la víctima se apropie de sus derechos y adquiera un conjunto de competencias personales que le permitan desmitificar su papel como mujer, dentro y fuera de una relación.

## 2. 2. Dichos y hechos en un espacio de salud mental

Precisamente en el segundo lugar donde se efectuó la observación participante<sup>11</sup>, el pabellón 4 del Hospital Psiquiátrico de la Universidad de Coimbra –conocido como Sobral Cid- las acciones de los especialistas se centraban más en reestructurar las formas de pensar y actuar de las parejas involucradas en situaciones de violencia. De ahí que de las siete participantes a quienes se acompañó, solo dos se habían separado formalmente del agresor, mientras que las demás recibían terapias conjuntas, individuales y grupales.

El centro de salud creó el Servicio de Violencia Familiar (SVF) como parte de una red de trabajo con tres ejes de acción concretos: informar/formar, investigar e intervenir en casos de

---

<sup>9</sup> Durante la estancia de la investigadora en el lugar, tres de las mujeres que pasaron por esta mesa desistieron de quedarse en la institución y retomaron la relación de la que en principio habían huido.

<sup>10</sup> White, Michael. *Narrative practices and exotic lives: Resurrecting diversity in everyday life*. Adelaide, South Australia: Dulwich Centre Publications, 2004, p. 104.

<sup>11</sup> El método etnográfico se aplicó durante el mismo período que en la comunidad de inserción, pero durante 2016.

violencia familiar o entre parejas<sup>12</sup>. Esto permite que la intervención pueda registrar, señalar, evaluar y apoyar a los diversos actores sociales que se encuentran envueltos en circunstancias de violencia familiar.

En el caso concreto de esta investigación se permitió el acceso exclusivamente a las terapias grupales con mujeres donde se estimulaba la creación de lazos y la confianza entre personas que enfrentaban el mismo problema social<sup>13</sup>.

Durante las sesiones se tenía acceso a testimonios diferentes a los presentados por parte de las mujeres en el centro de acogida, ya que las sesiones eran dirigidas y acompañadas por una psicóloga y una asistente social. Dicha presencia implicaba que en el momento en que se emitía un discurso, que desvele algún estereotipo, este sea inmediatamente reflexionado y analizado como búsqueda de su reestructuración y replanteamiento por parte de quien lo enunció, aunque también por el resto de las presentes.

Por ejemplo, en la sesión de presentación de S. al resto de las participantes se dijo:

S.: Estoy aquí porque el peor momento de mi vida fue el día de mi matrimonio. Ahí comenzó todo. Él me ordenó no levantar la cabeza para saludar o mirar a nadie y que desde ese día yo tenía que permanecer así y así me he quedado. Porque yo he tenido la culpa de esto por cuarenta años... yo he sido responsable de todo esto.

G: No S. aquí todas estamos para que no se sienta así y no piense que es culpable. Hay circunstancias fuera de sus manos que trataremos y este es un paso para su felicidad.

En este caso G. (psicóloga del lugar) intentó que el sentimiento de culpa sea eliminado del discurso de quien necesita ayuda, pero que evidencia aún el trauma por lo vivido.

De hecho en un artículo formulado por los propios trabajadores del pabellón 4 y denominado *Intervenção grupal de suporte com vítimas* se indica como vital que entre las orientaciones principales para dar apoyo se tenga en cuenta la importancia de “romper con la idea de la vulneración única, prevenir la culpa, promover el procesamiento emocional y cognitivo de la experiencia, prevenir nuevos crímenes y prevenir el aislamiento”<sup>14</sup>.

En otra sesión se trató desmitificar su percepción de ‘mujeres poco atractivas’ a través de dibujos que luego cada una debió explicar. En dicha justificación de sus retratos se pudo captar

---

<sup>12</sup> Redondo, João (coord.). *Sem Violência Doméstica. Uma experiência de trabalho em rede*. Coimbra: Administração Regional de Saúde do Centro, 2012, pp. 14-15.

<sup>13</sup> El acompañamiento durante los otros días fue en contacto con los especialistas, mientras discutían y analizaban los casos de violencia.

<sup>14</sup> Morais, Generosa; Vicente, Henrique; Pimentel, Inês & Correia, Ana. “Intervenção grupal de suporte com vítimas”. En Redondo, Joao (coord.). *Sem Violência Doméstica. Uma experiência de trabalho em rede*. Coimbra: Administração Regional de Saúde do Centro, 2012, p. 348.

cómo discursos dentro de la relación, pero también fuera de ella, aportan a una visión negativa y que culpabiliza a la mujer por el trato al que es sometida.

L: Me pinté así porque me siento pequeñita y, como me dicen en mi trabajo, así gordita me veo más pequeña y eso es feo. Por eso me tapo aunque no haya frío.

A: Usted es alta, qué significa ser pequeñita para usted?

L: No sé. Que no soy capaz de hablar entre la gente. Que prefiero quedarme en la casa para que nadie me vea...

La mencionada participante L. había pasado recientemente por la separación del agresor quien, entre otras prohibiciones, le impedía ver a sus conocidos y le repetía que no era lo suficientemente “mujer y bonita para conseguir a alguien más que te quiera”<sup>15</sup>.

Esa imagen, transmitida a través de las palabras del victimario, se reforzaba con los discursos de sus colegas de trabajo –hombres y mujeres- que para incentivarla a bajar de peso prefirieron mencionar directamente que “gorda se veía fea”<sup>16</sup>.

En la misma sesión otras tres mujeres evidenciaron gráfica como narrativamente una notoria desvalorización. Si bien este hecho se potenciaba con el agresor, no veía un discurso modificado y alentador en sus círculos sociales, ajenos al terapéutico.

En ese sentido, el grupo funcionaba como un área de colaboración donde, incluso al inicio de las sesiones, y sin la presencia de las funcionarias, se incentivaba la validación de cada una de las integrantes con comentarios sobre su vestimenta, su actitud o hasta sus detalles (en ocasiones preparaban dulces para degustar durante las sesiones).

Estos rasgos permitían notar que la terapia buscaba la reivindicación de las mujeres implicadas. Algo que según Santos & Matos otorga resultados evidenciados en nuevos guiones que permiten “reapropiarse de la experiencia pasada a través de cuadros alternativos y con una proyección diferente sobre el futuro”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Dicho en una conversación solo con la investigadora el 17 de febrero de 2016.

<sup>16</sup> Un estudio efectuado en 2013 por Ana Filipa Coelho Antunes con 252 universitarias de Coimbra muestra cómo la imagen corporal es un concepto multidimensional que envuelve no solo la percepción del individuo, sino que es un reflejo de las interacciones entre individuos. Por ejemplo, si bien un 64.3% afirmó estar satisfecha con su cuerpo, un 39% de las estudiantes –que ya contaba con un peso menor al normal- expresó su deseo de tener un cuerpo aún más delgado. Un claro indicativo, agrega el estudio, de que la delgadez ejerce un enorme peso cultural asociado al éxito, la felicidad, la juventud y la aceptación social. En Antunes, Ana Filipa Coelho. *A tirania do corpo perfeito: a percepção corporal das estudantes da Universidade de Coimbra, uma abordagem interdisciplinar*. Coimbra: Departamento de Ciências da Vida, Faculdade de Ciências e Tecnologia, Universidade de Coimbra, 2013, pp. 47-53.

<sup>17</sup> Santos, Anita & Matos, Marlene. “Terapia narrativa de reautoria com vítimas de violência doméstica”. En Neves, Sofia (org.). *Intervenção psicológica e social com vítimas*. Coimbra: Edições Almedina, 2012, Volumen II, p. 17.

Y a pesar de que cinco de las siete participantes continuaban conviviendo con el agresor, intentaban reestructurar su discurso para conseguir el apoyo de su círculo íntimo –principalmente de sus hijos- para decidir si la relación debía o no continuar.

Si bien hasta finalizar la observación participante ninguna había desistido de permanecer en la relación, tres variaron su comportamiento sobre permanecer aisladas en su hogar y buscaron actividades alternativas que permitan establecer nuevas relaciones de soporte. Sin embargo, en el caso de otras dos usuarias los actos violentos se repitieron e incluso se necesitó de la intervención policial para salvaguardar su vida.

### **3. Las instituciones como desconocedoras o reestructuradoras del discurso**

#### **3.1. Evitar tensiones como solución**

Si bien la investigación hizo foco en los discursos emitidos por las víctimas del crimen, es necesario insistir que sus palabras reflejan el contexto social en el que se desenvuelven y cómo el ambiente refuerza o no mitos y construcciones de género.

En el caso portugués un dato relevante que ayudó a la construcción errónea de los papeles se encuentra en una legislación que se mantuvo vigente hasta 1974. El Código Penal, que se creó en 1886, consideraba el adulterio de la mujer como atenuante para el homicidio y si el marido la mataba por esa razón la pena se reducía a mudar de residencia durante seis meses. Las mujeres así, como resume Elza País, fueron desprotegidas incluso por la ley durante casi un siglo<sup>18</sup>.

Sin embargo, los espacios de protección, actualmente, también llegan a reproducir estereotipos que desalientan a la denuncia de las agresiones. En la comunidad de inserción dos mujeres desistieron de la ayuda cuando el juzgado otorgó la custodia de sus hijos al denunciado. Se registraron otros tres casos, dos en el centro de acogida y uno en el centro de salud, donde las mujeres indicaron que en una ocasión previa a conseguir la ayuda efectiva de las instituciones se enfrentaron a policías y/o responsables por el apoyo que las desanimaron a continuar el proceso.

L: “El policía me dijo ‘la señora a lo mejor se portó mal y lo hizo perder la paciencia’”<sup>19</sup>.

FB: “La señora esa que no sé si es abogada o psicóloga, qué se yo, me dijo que para qué iba a venir si es la tercera vez que me voy de la casa y después vuelvo con él. Que no la haga perder el tiempo porque yo no tengo arreglo”<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> País, Elza. *Homicidio Conyugal em Portugal, rupturas violentas da conjugalidade*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2010, p. 103.

<sup>19</sup> La mujer obtuvo esta respuesta tras haber recibido golpes en la cara y las piernas, además de agresiones verbales.

Las relatadas experiencias dejan entrever que a nivel institucional existe una minimización de los hechos, que si bien no es generalizada, desvaloriza los hechos que viven las víctimas y desalientan la disolución de los estereotipos ligados al problema.

Manuel Lisboa en *Prevenir ou remediar. Os custos sociais e económicos da violência contra as mulheres*, ya hacía referencia a este problema hace diez años atrás y menciona que:

Efectivamente, en el nivel de los sistemas judicial y policial, este tipo de violencia es todavía minimizado, las mujeres son consideradas muchas veces como débiles y con problemas personales y/o sociales, mientras que los agresores son liberados de culpa y no son penalizados de forma equiparable a cualquier otra forma de violencia. Siendo así –el sistema- es un facilitador para que el ciclo patológico no se rompa y se mantenga en la esfera privada y familiar<sup>21</sup>.

Se debe señalar, sin embargo, que en el espacio de acogida las usuarias recibían desde un inicio apoyo legal gratuito para las diferentes instancias a las que debían enfrentarse: Desde adquirir el estatuto de víctima<sup>22</sup>, entrar en proceso legal para obtener el divorcio y la custodia de los hijos, hasta acompañamiento para retirar sus cosas del hogar si no deseaban –o podían en muchas ocasiones- volver al mismo.

Si bien en estos casos la ayuda era visible, fueron también notorias las tentativas de no discutir abiertamente sobre las posturas religiosas de algunas usuarias que replicaban sus aprendizajes como juicios de valor contra quien no compartía su forma de pensar.

Entre dos casos relevantes que se pueden citar se encuentran el de F. quien se encontraba en la casa con su hija y el de D. que era licenciada en Sagrada Teología y pasó 12 años dentro de un convento como parte de su formación adolescente y juvenil.

F. rechazaba la presencia de hijos –varones- de hasta los 13 años en el sitio pues consideraba que “hombres y mujeres no deben tener contacto hasta tener edad para conocerse como Dios manda”. Además, inició una discusión durante la Semana Santa porque se sirvió carne y lo consideró una afrenta a las enseñanzas de la Biblia.

---

<sup>20</sup> Usuaria de la comunidad de inserción que desistió de la ayuda tras un mes en el centro. Alegó que el esposo solo le gritaba y la despertaba con baños de agua helada, pero que eso no era violencia como el experimentado por el resto de sus compañeras de casa.

<sup>21</sup> Lisboa, Manuel. *Prevenir ou remediar. Os custos sociais e económicos da violência contra as mulheres*. Lisboa: Edições Colibri, 2006, p. 96.

<sup>22</sup> Tras presentar la denuncia por crimen de violencia doméstica, y si no existen fuertes indicios de que es infundada, las autoridades judiciales o los órganos de policía criminal competentes atribuyen a la víctima el estatuto de víctima que implica derechos como: 1.1 — Los servicios y organizaciones a las que puede dirigirse para obtener apoyo; 1.2 — Los procedimientos posteriores a la denuncia y cuál es su papel en los mismos; 1.3 — Cómo puede recibir protección policial, procesal y psicosocial; 1.4 — Las modalidades de protección jurídica a las que puede tener acceso; 1.5 — El derecho a obtener una indemnización por parte de quien cometió el crimen.”. Ver: <[http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/Legislacao\\_AreaViolenciaDomestica.aspx#2](http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/Legislacao_AreaViolenciaDomestica.aspx#2)> [9 septiembre 2016].

Mientras que D. criticaba el que algunas de sus compañeras quisieran iniciar una nueva relación amorosa con alguien que no fuera el padre de sus hijos, pues se alejaba de –nuevamente– “lo que Dios manda”. Algo con lo que concordaba F<sup>23</sup>.

Los mismos problemas se registraron cuando una mujer que se reconocía evangélica intentó leerles la Biblia a algunas compañeras durante el descanso y pretendía hablar sobre la vestimenta apropiada para la mujer, relato presente en la 1<sup>ra</sup> carta de Timoteo.

Estas usuarias del centro de acogida actuaban acorde a lo que una doctrina establece y consideraban, en muchas ocasiones, que el resto de sus compañeras eran menos dignas de respeto por no seguir las mismas reglas religiosas. Tal como señala el antropólogo Raúl Iturra, se logra reconocer así que incluso el concepto de “humano” puede estar condicionado por lo que un credo dictamina<sup>24</sup>.

Cuando se consultó a una funcionaria el porqué de ignorar estos hechos que provocaban disputas, indicó que los reglamentos de la institución hablan de la aceptación y tolerancia religiosa en el lugar, y por ello los temas no se tocan. “Aunque también como sabes esto es de la Iglesia, no vamos a cuestionar si existe o no un Dios aquí. No conviene”<sup>25</sup>.

Sin duda, la estructura social de muchas de las víctimas estuvo condicionada por su aprendizaje religioso, pero también por la interpretación que le fue atribuida, pues originó formas de comportamiento penetrantes y duraderas sobre su papel como mujeres. Y aun así en la comunidad se obvió el tema para desmitificar los papeles de género.

Otro punto que fue constantemente evitado por las funcionarias fue el hecho de que algunas usuarias fomentaban las calumnias sobre sus compañeras, para marcar más claramente el grupo al que pertenecían en la casa. Los denominados chismes incrementaban la hostilidad y el ambiente de tensión ya presente en la casa.

Daniel Cotrim efectuó un *Análise qualitativa da experiência de residir numa casa abrigo para mulheres que sofreram violência conjugal* y señala que en estos espacios se genera una desconfianza “asociada a cuestiones de poder y tensión entre las residentes. Sus relaciones están marcadas por sentimientos negativos”<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Sin embargo, ambas mujeres habían procreado a sus hijos fruto de una relación con hombres casados o con otros compromisos, lo que era aprovechado por el resto de mujeres como una burla hacia sus creencias y así las discusiones se incrementaban sin llegar a una solución definitiva.

<sup>24</sup> “Es más ser humano aquel que se comporta de forma normativa, leal y doctrinaria, de que aquel que es capaz de intervenir en las definiciones éticas que la religión dicta” en Iturra, Raúl. *A religião como teoria da reprodução social*. Lisboa: Fim de Século, 2001, p. 20.

<sup>25</sup> Conversación con C. funcionaria del lugar en marzo de 2015.

<sup>26</sup> Cotrim, Daniel. *Análise qualitativa da experiência de residir numa casa abrigo para mulheres que sofreram violência conjugal*. Lisboa: Instituto Universitário Ciências Psicológicas, Sociais e da Vida (ISPA), 2014, p. 45.

Pero la explicación para la Directora de la comunidad, en aquella época, se redujo a indicar que: “Eso es normal, son mujeres”<sup>27</sup>. Minimizó así el fortalecimiento de lazos y el nuevo círculo de soporte para quienes se vieron forzadas a salir de su hogar.

### 3. 2. Las redes o el soporte para reformular significados

Durante la etnografía con las mujeres víctimas de violencia doméstica, se pudo reconocer que los efectos de sus vivencias repercuten en su percepción global como personas. Por ello, en estos casos se recomienda que el sistema de salud, a la par con el sistema judicial y todo el sistema social, desempeñen un papel central en la evaluación, intervención y encaminamiento de las víctimas<sup>28</sup>.

En el campo de modificar los discursos y narrativas que mantienen a la mujer como culpable y única responsable por lo acontecido se pudo reconocer, durante la investigación, que la labor más directa se efectuaba en el Hospital Psiquiátrico.

En varias sesiones entre enero y abril de 2016 en el grupo se discutió sobre los papeles asignados socialmente a hombres y mujeres, los estereotipos transmitidos desde la Iglesia e, incluso, desde cuentos o filmes y cómo es posible reformular sus mensajes. Además, en una sesión musical se trabajó en la metáfora de cómo un solo instrumento no puede formar una melodía, pero cómo al tocar todas juntas y en la misma dirección sí funcionaba. Esto para reflejar que las integrantes del espacio de soporte podían funcionar como una fuente conjunta de ayuda para cada una de ellas, siempre que mantengan una postura unánime de rechazo hacia la violencia.

En la explicación de los objetivos de trabajo del grupo se relata que la catarsis emocional permite organizar las ideas, evita la revictimización y promueve la creación de planes a futuro<sup>29</sup>.

En el caso de la comunidad de inserción se promovía, al menos una vez a la semana, aulas grupales por las noches y dos veces al mes por las tardes. En cuatro de las sesiones a las que se asistió se habló sobre cómo desmitificar convicciones sobre el amor y la familia.

Las trabajadoras intentaban así cumplir con una intervención que plantea “reconstruir la forma en que la mujer se percibe, promoviendo su autoestima y fomentando actitudes que mantengan el soporte social”<sup>30</sup>. Sin embargo, esta labor no siempre era fructífera, pues existían

---

<sup>27</sup> Cita dicha durante una conversación entre la investigadora y la ahora ex-Directora del centro tras el primer mes de estadía (enero 2015).

<sup>28</sup> Loureiro, Cecília; Pinheiro, Fábila & Neves, Sofia. “Intervenção psicológica em grupo com mulheres vítimas de violência de género na intimidade”. En Neves, Sofia (org.). *Intervenção psicológica e social com vítimas*. Coimbra: Edições Almedina, 2012, Vol. II, p. 42.

<sup>29</sup> Moraes, Generosa; Vicente, Henrique; Pimentel, Inês & Correia, Ana. “Intervenção grupal ...”, p. 351.

<sup>30</sup> Santos, Anita & Cruz, Olga. “Vítimas de violência conjugal: Uma proposta de intervenção cognitivo-comportamental”. En Caridade, Sónia & Sani, Ana (coords.). *Violência, agressão e vitimação: Práticas para a intervenção*. Coimbra: Edições Almedina, 2013, p. 88.

evidentes hostilidades entre las habitantes de la casa, como hacia las técnicas que desarrollaban la labor.

La situación provocaba que durante los procedimientos se generen nuevas discusiones entre las mujeres o que incluso algunas, disimuladamente, se retiren del lugar sin asistir completamente a las formaciones. Así, la tarea dejaba de funcionar como una red para todas las usuarias y el trabajo individual también se veía afectado porque la asistente social, la animadora cultural y la psicóloga debían compartir sus labores de atención personalizada con múltiples tareas administrativas y tenían que remarcar citas solicitadas por las mujeres para charlar sobre sus problemas.

Como una forma de establecer nuevas redes se conoció, en 2016 y durante la observación participante en el hospital, que la comunidad retomó sus contactos con el centro de salud para contar con su apoyo en los casos que tratan.

De hecho, esto es algo que el relatorio Penélope sobre violencia doméstica en el Sur de Europa recomendaba, desde el 2005, con una sinergia de los esfuerzos para crear y activar asociaciones entre los sistemas y la “coordinación de los diferentes tipos de respuesta destinados a apoyar, proteger y dar seguridad a las víctimas”<sup>31</sup>.

#### **4. Consideraciones finales**

A pesar de que en Portugal se trabaja institucional y legalmente con mayor énfasis desde 1991 para disminuir los índices de violencia de género y, en este caso específico, los niveles de violencia doméstica, el país aun tiene que lidiar con una herencia histórica donde las agresiones fueron un ámbito exclusivo de la vida privada y familiar aunque en su seno se cometieran graves violaciones a los derechos humanos.

Actualmente quienes replican y/o justifican estos comportamientos se niegan todavía a considerar la violencia como una transgresión de los derechos humanos y una ofensa a la dignidad humana que limita el reconocimiento y el ejercicio de la libertad.

En la investigación efectuada, y en el análisis de los datos realizado hasta ahora, se muestra que las desigualdades y la discriminación de género no se construyen ni refuerzan exclusivamente en la convivencia con un agresor. El problema es reforzado socialmente a través de discursos, evasivas y minimizaciones de las experiencias sufridas.

La comprensión y captación de las narrativas y estereotipos envueltos en la violencia fue posible por el método antropológico que, como resume Paulo Castro Seixas, asume desde un

---

<sup>31</sup> Associação Portuguesa de Apoio à Vítima APAV. *Relatório Penélope sobre violência doméstica no Sul da Europa*. Lisboa: APAV, 2005, p. 91.

principio la convivencia de las diferencias como un punto vital capaz de “propiciar un camino para la transformación personal, social o política”<sup>32</sup>.

Así fue posible reconocer las diferentes dinámicas de control coercitivo a las que se somete a las víctimas. Por ejemplo, la amenaza discursiva era un mecanismo constantemente utilizado por algunos agresores. Existieron casos en los que se usaban chantajes ligados a la sexualidad: evidenciar que en el pasado las víctimas tuvieron más de un compañero, lo que supondría que socialmente puedan ser consideradas como “malas mujeres” que ameritan sentencias e insultos.

En otras se pudo reconocer una ligación espiritual, ya sea vinculada al catolicismo o al cristianismo, que era transmitida a través de sus padres o en un proceso de educación formal – primordialmente el catecismo- con una defensa de la sumisión de la mujer.

Se veía simultáneamente una influencia de la familia en el refuerzo de los estereotipos. Para los parientes era relevante sostener la relación con el agresor por ser el padre de sus hijos, porque el divorcio es inaceptable o por un estigma asociado a la edad de la mujer –se asumía que necesitaría un nuevo compañero sentimental y no podría encontrarlo-.

El círculo familiar repetía estigmas o estereotipos sociales machistas y patriarcales donde los problemas, incluido un crimen como la violencia doméstica, se resuelven en la intimidad. Y donde la separación es vista como un fracaso y una deshonra.

Así, la familia y la religión son factores culturales que inciden en las víctimas y tal como relata Zaida Azeredo, no se puede negar que en la cultura “hay un conjunto de creencias, símbolos expresivos y valores en función de los cuales los individuos definen sus mundos, expresan sentimientos y formulan juicios”<sup>33</sup>. Es decir, la creación de los mitos sobre la violencia se visualiza en acciones y dichos, pero sobrepasan el límite de un hecho aislado de agresión o incluso de un solo victimario.

La violencia doméstica es, en definitiva, un fenómeno de carácter transversal que explícita e implícitamente se replica a través de discursos individuales e institucionales por parte de quienes no aceptan que el problema constituye una clara violación de los derechos humanos.

---

<sup>32</sup> Seixas, Paulo Castro. “À procura de um novo ‘Sarot Malae’: Antropologia na era digital e novos desafios interpretativos. Percursos do trabalho de terreno em Timor Leste”. En Frias, Sonia (org.). *Emografia & Emoções*. Lisboa: Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2008, p. 148.

<sup>33</sup> Azeredo, Zaida. “A família como núcleo da mudança cultural”. En Oliveira, Jorge y Macedo Costa, José. *Crenças, religiões e poderes. Dos indivíduos às sociabilidades*. Porto: Biblioteca das Ciências Sociais, Edições Afrontamento, 2008, p. 113.

### Referencias Bibliográficas

- Antunes, Ana Filipa Coelho. *A tirania do corpo perfeito: a perceção corporal das estudantes da Universidade de Coimbra, uma abordagem interdisciplinar*. Coimbra: Departamento de Ciências da Vida, Faculdade de Ciências e Tecnologia, Universidade de Coimbra, 2013.
- Associação Portuguesa de Apoio à Vítima APAV. *Relatório Penélope sobre violência doméstica no Sul da Europa*. Lisboa: APAV, 2005.
- Azeredo, Zaida. “A família como núcleo da mudança cultural”. En Oliveira, Jorge y Macedo Costa, José. *Crenças, religiões e poderes. Dos indivíduos às sociabilidades*. Porto: Biblioteca das Ciências Sociais, Edições Afrontamento, 2008.
- Cotrim, Daniel. *Análise qualitativa da experiência de residir numa casa abrigo para mulheres que sofreram violência conjugal*. Lisboa: Instituto Universitário Ciências Psicológicas, Sociais e da Vida (ISPA), 2014.
- Dias, Isabel. *Violência na Família. Uma abordagem sociológica*. Porto: Biblioteca das Ciências Sociais, Edições Afrontamento, 2004.
- Dobash, Emerson & Dobash, Russell P. *Women, Violence & Social Change*. New York: Routledge, 1992.
- Hall, E.T. *A dimensão oculta*. Lisboa: Relógio D'Água, 1986.
- Iturra, Raúl. *A religião como teoria da reprodução social*. Lisboa: Fim de Século, 2001.
- Lisboa, Manuel. *Prevenir ou remediar. Os custos sociais e económicos da violência contra as mulheres*. Lisboa: Edições Colibri, 2006.
- Loureiro, Cecília; Pinheiro, Fábica & Neves, Sofia. “Intervenção psicológica em grupo com mulheres vítimas de violência de género na intimidade”. En Neves, Sofia (org.). *Intervenção psicológica e social com vítimas*. Coimbra: Edições Almedina, 2012, Vol. II.
- Morais, Generosa; Vicente, Henrique; Pimentel, Inês & Correia, Ana. “Intervenção grupal de suporte com vítimas” en Redondo, Joao (coordinador). *Sem Violência Doméstica. Uma experiência de trabalho em rede*. Coimbra: Administracao Regional de Saúde do Centro, 2012.
- País, Elza. *Homicídio Conjugal em Portugal, rupturas violentas da conjugalidade*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2010.
- Redondo, Joao (coordinador). *Sem Violência Doméstica. Uma experiência de trabalho em rede*. Coimbra: Administracao Regional de Saúde do Centro, 2012.

- Rosa, Rodrigo. *Casamento e Desigualdade Uma análise da diferenciação social no casal*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2013.
- Santos, Anita & Matos, Marlene. “Terapia narrativa de reautoria com vítimas de violência doméstica”. En Neves, Sofia (org.) *Intervenção psicológica e social com vítimas*. Coimbra: Edições Almedina, 2012, Volumen II.
- Santos, Anita & Cruz, Olga. “Vítimas de violência conjugal: Uma proposta de intervenção cognitivo-comportamental”. En Caridade, Sónia & Sani, Ana (coord.). *Violência, agressão e vitimação: Práticas para a intervenção*. Coimbra: Edições Almedina, 2013.
- Seixas, Paulo Castro. “À procura de um novo ‘Sarot Malae’: Antropologia na era digital e novos desafios interpretativos. Percursos do trabalho de terreno em Timor Leste”. En Frias, Sonia (org.). *Etnografia & Emoções*. Lisboa: Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2008.
- Tavares Da Luz Costa, Ana Rita. *Projectando “casas” numa instituição*. Trabajo de Fin de Máster, Faculdade de Ciências e Tecnologia Universidade de Coimbra, Departamento Ciências da Vida, 2012.
- Vega, Silvia, & Gómez, Rosario. *La violencia contra la mujer en la relación doméstica: la más callada y frecuente violación de los derechos de las humanas*. Lima: Red entre Mujeres, 1993.
- White, Michael. *Narrative practices and exotic lives: Resurrecting diversity in everyday life*. Adelaide, South Australia: Dulwich Centre Publications, 2004.



**TRATADOS INTERNACIONALES ESPECÍFICOS PARA PREVENIR,  
ERRADICAR Y SANCIONAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER:  
LA CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ Y EL CONVENIO DE ESTAMBUL\***

**SPECIFIC INTERNATIONAL TREATIES TO PREVENT, PUNISH AND  
ERADICATE VIOLENCE AGAINST WOMEN: THE CONVENTION  
OF BELÉM DO PARÁ AND THE ISTANBUL CONVENTION**

Carmen Mercado Carmona  
*Universidad de Málaga*

**Resumen:** En este artículo realizaremos un análisis comparado de los únicos tratados internacionales que regulan específicamente la violencia contra la mujer, y que contribuyen, por su excepcionalidad, al avance universal de la protección internacional de la integridad física y moral de ésta.

**Palabras clave:** Violencia contra la mujer, Violencia doméstica, Tratados internacionales, Protección Derechos Humanos.

**Abstract:** In this article we will offer a comparative analyses of the only international treaties that specifically regulate violence against women, and which, by its exceptionality, contribute most to the universal advancement of international protection of women's physical and moral integrity.

**Keywords:** Violence against women, Domestic violence, International treaties, Human Rights's protection.

## **1. Introducción**

En el ámbito universal, el instrumento de carácter vinculante que regula de manera general los derechos de las mujeres desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación es la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, negociada en el seno de las Naciones Unidas y aprobada en 1979, cuyo texto no contempla de forma expresa la violencia contra la mujer. No obstante, en el año 1992 el Comité surgido de este tratado -el Comité CEDAW-, aprobó la Recomendación General número 19 que consideró la violencia contra la mujer como una forma de discriminación prohibida por la Convención y, por consiguiente, incluida de manera implícita en el texto<sup>1</sup>. Únicamente dos sistemas regionales de protección de

---

\* Este artículo está vinculado al proyecto de tesis doctoral titulado "La protección internacional de la integridad física y moral de las mujeres" perteneciente al Programa de Doctorado de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Málaga.

<sup>1</sup> Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por Resolución de la Asamblea General A/RES/34/180 de 18 diciembre de 1979. Entrada en vigor el 3 septiembre de 1981. United Nations, *Treaty Series*, vol.1249, p. 13. Ratificada por España el 16 de diciembre de 1983 (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984). Doc. A/46/38. Recomendación General CEDAW número 19, 1992, "La violencia contra la mujer"; párrafo 6.

derechos humanos, el Sistema Interamericano nacido en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) y el surgido en el ámbito del Consejo de Europa, han elaborado sendos tratados internacionales que regulan de forma específica la violencia contra las mujeres.

En 1994, un año después de haberse celebrado en Viena la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos que reconoció por primera vez los derechos de las mujeres como derechos humanos, se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, denominada Convención de Belém do Pará<sup>2</sup>, primer tratado de Derecho Internacional dirigido específicamente a regular la violencia contra las mujeres. La Convención Interamericana ha sido ampliamente ratificada por los Estados miembros de la OEA -32 de los 35 Estados-, y ha sido calificada como “acuerdo histórico” que ha dado las pautas a los Estados para la adopción de leyes y marcos políticos y estratégicos que aborden la violencia contra las mujeres en el continente americano. Con esta Convención se rompe el blindaje de lo privado, de forma que los Estados asumen la obligación de prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres ocurra donde ocurra, esto es, tanto en el ámbito público como en el privado<sup>3</sup>.

Por otra parte, en el año 2011 y en el seno del Consejo de Europa se aprobó el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, denominado “Convenio de Estambul”, que entró en vigor el 1 de agosto de 2014 y que ha sido ratificado hasta el momento por 21 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa<sup>4</sup>. Calificado como un “instrumento de vanguardia”, un texto *primus inter pares* que representa el compromiso de mayor alcance establecido hasta el momento, tanto por el tratamiento integral de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, como por la adopción de la triple perspectiva de la prevención, protección y persecución a la hora de abordar el problema<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> A-61, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, adoptada el 9 de junio de 1994 en Belem do Pará, Brasil, por la Asamblea General de la OEA. Ver: <<http://www.oas.org/es/>> [8 septiembre 2016].

<sup>3</sup> Mejía Guerrero, Luz Patricia. “La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Revista IIDH*, 2012, pp. 193-195.

<sup>4</sup> Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, adoptado el 11 de mayo de 2011 en Estambul, CETS No.210. Entrada en vigor el 01/08/2014. Instrumento de ratificación de España de 18 marzo de 2014, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014. Ver: <<https://www.coe.int/>> [8 septiembre 2016].

<sup>5</sup> Ushakova, Tatsiana. “La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, octubre-diciembre de 2013, Volumen 1, núm. 4, pp. 1-18; Alija Fernández, Rosa Ana. “La

Los Preámbulos de ambos tratados, reconocen que la violencia contra la mujer constituye una violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales y una ofensa a la dignidad humana. Asimismo, reconocen el carácter estructural de este tipo de violencia y el hecho de ser una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre. El texto europeo va más allá y afirma, además, que la violencia contra las mujeres está basada en el género; que las mujeres y las niñas están expuestas a formas graves de violencia; que la violencia doméstica les afecta de manera desproporcionada; y que en situaciones de conflicto armado sufren, de manera particular, violaciones de sus derechos en forma de violencias sexuales generalizadas o sistemáticas<sup>6</sup>.

El pilar básico sobre el que descansa la Convención de Belém do Pará es el derecho fundamental de toda mujer a vivir libre de violencia en todas las esferas de su vida, pública y privada, lo que implica su derecho a ser libre de toda forma de discriminación, y su derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación. Para que las mujeres puedan llevar a cabo esa vida libre de violencia, la Convención recoge, sin ánimo de exhaustividad, ciertos derechos de las mujeres que deben ser reconocidos, garantizados y protegidos, tales como, el derecho a la vida; a la integridad física, psíquica y moral; a la libertad y seguridad; a la dignidad; a la igualdad; a la justicia; y a la libertad de asociación y pensamiento<sup>7</sup>. Por su parte, el Convenio de Estambul, con el mismo fin de combatir la violencia contra las mujeres, establece como objetivos la prevención, la protección y asistencia a las víctimas; la promoción de la igualdad real de hombres y mujeres; la cooperación internacional; y el apoyo a las fuerzas y cuerpos de seguridad para la adopción de un enfoque integrado desde el que hacer frente al problema de la violencia<sup>8</sup>.

---

violencia doméstica contra las mujeres y el desarrollo de estándares normativos de derechos humanos en el marco del Consejo de Europa". *Revista General de Derecho Europeo*, 2001, 24, pp. 41-42.

<sup>6</sup> Párrafos 2 y 3 del Preámbulo de la Convención de Belém do Pará; y párrafos 10, 11, 12 y 13 del Preámbulo del Convenio de Estambul.

<sup>7</sup> Artículos 3, 4 y 6 de la Convención de Belém do Pará. La doctrina ha calificado el artículo 3 de la Convención como "la esencia de la propia Convención". Dicho artículo dispone: "Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado". Pérez Contreras, María de Montserrat. "Comentarios a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: Convención de Belém do Pará". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Mayo-Agosto 1999, 95, Nueva Serie Año XXXII.

<sup>8</sup> Convenio de Estambul, artículo 1.

## 2. Ámbitos de aplicación

Adentrándonos en su ámbito de aplicación, el Convenio de Estambul extiende ésta no sólo a situaciones de paz sino también a aquellas de conflicto armado<sup>9</sup>, a diferencia de la Convención de Belém do Pará, que no tiene prevista su aplicación en caso de tratarse de un conflicto armado. En relación con ello, el Convenio de Estambul sí incluye en su regulación un capítulo específico sobre las situaciones de migración, asilo y refugio, que otorga al texto un valor añadido respecto a otros instrumentos internacionales que pasan por alto estas situaciones<sup>10</sup>.

El ámbito de aplicación personal del Convenio de Estambul es más amplio que el de la Convención de Belém do Pará, que únicamente incluye a las mujeres mayores de 18 años. Así, el texto europeo comprende en su aplicación, no sólo a las mujeres adultas, sino también a las niñas y a los hombres; por ello, su noción de víctima incluye a toda persona física que esté sometida a los comportamientos violentos especificados en el Convenio<sup>11</sup>. Desde este punto de vista, la Convención de Belém do Pará es un tratado exclusivamente femenino, dirigido a regular la violencia contra la mujer adulta sin ampliar su aplicación a potenciales víctimas de otro sexo.

En cuanto a la protección ofrecida, la Convención de Belém do Pará regula exclusivamente la violencia contra la mujer, mientras que el Convenio de Estambul regula la violencia contra la mujer más la violencia doméstica, en correspondencia con lo anunciado en los títulos de ambos tratados<sup>12</sup>. La violencia contra la mujer es definida en la Convención americana como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Este tipo de violencia se puede producir dentro de tres ámbitos: la familia, la comunidad y el Estado. Así, la violencia en la familia incluye, entre otras formas, la violación, el maltrato y el abuso sexual. La violencia en la comunidad comprende la violación, abuso sexual, tortura, trata de blancas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar del trabajo, así como en instituciones

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, artículo 2.

<sup>10</sup> *Ibidem*, Capítulo VII, artículos 59 a 61. El texto recoge la concesión a las víctimas de violencia de un permiso de residencia autónomo, así como la suspensión de los procedimientos de expulsión que traen su causa en la dependencia del estatuto de residente de la víctima del de su cónyuge o pareja de hecho. Por otro lado, incluye el género como factor a tener en cuenta en las solicitudes de asilo y refugio. Así, conforme al artículo 60, los Estados deben adoptar medidas para que la violencia contra las mujeres basada en el género pueda reconocerse como una forma de persecución en el sentido del artículo 1, A (2) del Convenio de Ginebra relativo al Estatuto de los Refugiados, así como una forma de daño grave que da lugar a una protección complementaria o subsidiaria.

<sup>11</sup> *Ibidem*, artículo 3e) y 3f).

<sup>12</sup> Artículo 1 de la Convención de Belém do Pará y artículo 2.1 del Convenio de Estambul.

educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar. Y la violencia en el ámbito estatal incluye la tolerada o perpetrada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra<sup>13</sup>. La violencia doméstica, por tanto, se configura en este tratado como violencia contra la mujer en el seno de la familia.

El Convenio europeo, por su parte, amplía el concepto de violencia contra la mujer e introduce elementos nuevos en su definición, configurándose como:

Una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, que incluye todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada<sup>14</sup>.

El daño o sufrimiento económico, las amenazas de actos violentos, la coacción o la privación de libertad, ausentes en la Convención interamericana, forman parte del concepto de violencia contra la mujer en el Convenio europeo.

El Convenio de Estambul, por otro lado, incluye también lo que, a efectos del tratado, debe entenderse por género: “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”<sup>15</sup>. Esta definición del término “género” representa una novedad de este tratado, y permite que se incluya en su ámbito de aplicación a los niños y a los hombres como potenciales víctimas de violencia doméstica. La doctrina ha señalado que el término género en este tratado aspira a una cierta neutralidad que sitúa al texto entre la inclinación feminista y la igualitarista<sup>16</sup>.

Además de la violencia contra la mujer, el Convenio de Estambul, define y configura de forma separada la violencia doméstica y la violencia contra las mujeres por razones de género. La violencia doméstica se concibe como “todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”<sup>17</sup>. Este tipo de violencia puede afectar, por consiguiente, según el texto europeo, a víctimas y a autores de ambos sexos, incluir el maltrato a menores y a

<sup>13</sup> Convención de Belém do Pará, artículos 1 y 2.

<sup>14</sup> Convenio de Estambul, artículo 3a).

<sup>15</sup> *Ibidem*, artículo 3c).

<sup>16</sup> Ushakova, Tatsiana. “*La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa...*”, p.16.

<sup>17</sup> Convenio de Estambul, artículo 3b).

personas mayores, así como, la violencia en el ámbito de la pareja. La concepción neutra, tanto del género como de la violencia doméstica, permite que, además de las mujeres, se encuentren incluidos en este tratado, como potenciales víctimas de los comportamientos violentos, los hombres y los niños. Por su parte, la violencia contra las mujeres por razones de género, se configura en el Convenio europeo como toda violencia contra una mujer “por el hecho de ser mujer o que afecta a las mujeres de manera desproporcionada”<sup>18</sup>. La violencia por razones de género lleva implícitas diversas formas de violencia que se dirigen contra la mujer debido a su condición de mujer -casos de aborto forzoso o mutilación genital femenina, por ejemplo-, y otras formas de violencia que éstas sufren de manera desproporcionada con respecto a los hombres, como por ejemplo, violencia sexual, violación, acoso, abuso sexual, violencia doméstica, matrimonio forzoso, esterilización forzosa.

A modo de recapitulación, podemos decir que la Convención de Belém do Pará regula exclusivamente la violencia contra la mujer, incluyendo dentro de este concepto como formas de este tipo de violencia, la violencia doméstica y la violencia basada en razones de género. El Convenio de Estambul, en cambio, regula y define, como conceptos autónomos, la violencia contra la mujer, la violencia doméstica y la violencia por razones de género; y, además, amplía de manera notable el concepto de violencia contra la mujer y violencia doméstica, introduciendo, entre otros, el daño o sufrimiento económico que pudiera derivarse de estos actos, e incluyendo a los hombres y los niños como víctimas potenciales de esa violencia.

### **3. Obligaciones de los Estados**

La Convención de Belém do Pará y el Convenio de Estambul establecen una serie de obligaciones que deben asumir los Estados para conseguir la realización del derecho de las mujeres a vivir libre de violencia. La Convención interamericana distingue entre medidas que deben adoptar los Estados sin dilaciones, y otras que los Estados deben adoptar con carácter progresivo. Así, conforme al artículo 7 del tratado, los Estados de forma inmediata deben abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer; actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; incluir en su legislación interna disposiciones con estos fines; tomar medidas para modificar o abolir leyes o prácticas jurídicas que

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, artículo 3d).

respalden o toleren la violencia contra la mujer; y establecer procedimientos legales y mecanismos judiciales y administrativos justos y eficaces para garantizar el resarcimiento y la reparación del daño a las víctimas<sup>19</sup>. Otras medidas, que inciden en el ámbito de la educación, de la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, de la difusión y conocimiento del problema de la violencia contra las mujeres, y de la provisión de servicios especializados a las víctimas, deben ser adoptadas de manera progresiva<sup>20</sup>.

El Convenio de Estambul, por su parte, no contempla la progresividad en el cumplimiento de las obligaciones de los Estados, lo que significa que todas ellas deben ser exigidas de manera inmediata con la ratificación del Convenio. De forma genérica, la actuación de los Estados Partes de este Convenio debe estar orientada por dos principios fundamentales: el principio de igualdad y no discriminación, y el principio de la diligencia debida, en virtud del cual, los Estados deben abstenerse de cometer cualquier acto de violencia contra la mujer y deben tomar las medidas necesarias para prevenir, investigar y castigar los actos cometidos por actores no estatales, esto es, por los particulares<sup>21</sup>. De forma específica, los Estados tienen que actuar sobre su Derecho material -tanto en el orden penal, civil y procesal, como en el ámbito de la prevención y protección a las víctimas- incluyendo las acciones y recursos que se relacionan en los Capítulos V y VI del texto<sup>22</sup>. En el ámbito penal los Estados deben tipificar como delitos las diversas formas de violencia relacionadas en el texto<sup>23</sup>: la violencia psicológica, el acoso, la violencia física, la violencia sexual, incluida la violación, los matrimonios forzosos, las mutilaciones genitales femeninas, el aborto y esterilización forzosos, y el acoso sexual<sup>24</sup>. Este mandato explícito de criminalizar las diversas formas de violencia contra la mujer supone un avance considerable en la protección de sus derechos, no sólo por la claridad y efectividad del mismo, sino también por lo que

<sup>19</sup> Convención de Belém do Pará, artículo 7.

<sup>20</sup> *Ibidem*, artículo 8.

<sup>21</sup> Convenio de Estambul, artículos 4 y 5.

<sup>22</sup> *Ibidem*, Capítulo V “Derecho material”, artículos 29 a 48; y Capítulo VI “Investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección”, artículos 49 a 58.

<sup>23</sup> *Ibidem*, artículos 33 a 40.

<sup>24</sup> En el Derecho español estas formas de violencia se encuentran reguladas en el Código Penal Español (artículo 149.2 sobre la mutilación genital femenina como delito de lesiones graves; artículo 144 sobre delito de aborto forzoso; artículo 153 que eleva a la categoría de delito la falta de lesiones o maltrato sin resultado lesivo cuando el ofendido sea o haya sido cónyuge o persona unida al autor por relación análoga de afectividad, sin distinción de sexo; artículo 172 bis sobre delito de matrimonio forzado; artículo 172 ter que castiga el acoso u hostigamiento; artículo 179 sobre la violación sexual); en la LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29/12/2004) y en la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros.

supone de reproche social de estas conductas<sup>25</sup>. En el ámbito civil, los Estados deben proporcionar recursos indemnizatorios a las víctimas, y en el procesal deben prohibir la invocación de la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el honor como justificación de la violencia, así como regular el impulso de oficio de ciertos procedimientos, incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia<sup>26</sup>. En el ámbito de la prevención, se deben adoptar medidas con el fin de modificar los patrones socioculturales y en el ámbito de la protección a las víctimas el Convenio incluye una amplia variedad de medidas a adoptar por los Estados<sup>27</sup>.

La Convención de Belém do Pará y el Convenio de Estambul contemplan diversas circunstancias que colocan a la mujer en una situación de especial vulnerabilidad frente a la violencia, tales como la raza, la condición étnica, la situación de migrante, de desplazada o de refugiada. En estos casos, los textos obligan a los Estados a tener especialmente en cuenta estas circunstancias a la hora de adoptar y aplicar las medidas previstas en los tratados, si bien, el Convenio europeo incluye a los hijos de las víctimas de la violencia entre esas personas especialmente vulnerables<sup>28</sup>.

#### 4. Mecanismos de control

Respecto a los mecanismos de control, la Convención interamericana contempla los siguientes<sup>29</sup>: 1) la elaboración de informes anuales nacionales que deben remitir los Estados al órgano especializado denominado Comisión Interamericana de Mujeres (CIM)<sup>30</sup>; 2) la llamada jurisdicción consultiva, en función de la cual los Estados y la CIM pueden requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)-órgano judicial del sistema interamericano- opinión consultiva sobre la

---

<sup>25</sup> Peramato Martín se plantea si tras la ratificación por parte de España del Convenio de Estambul es necesario abordar alguna actuación legislativa para cumplir con los mandatos allí establecidos, en relación con manifestaciones de violencia sobre la mujer que se producen en otros ámbitos diferentes a la pareja, ya que la ley española de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, únicamente contempla la violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja o ex pareja, dejando fuera otras manifestaciones de violencia incluidas en el tratado. Peramato Martín, Teresa. “Aspectos jurídicos de la violencia de género. Evolución”. *Cuadernos de la Guardia Civil*, 2015, 51, pp. 8-25, p.11.

<sup>26</sup> Convenio de Estambul, artículos 42.1 y 55.

<sup>27</sup> *Ibidem*, artículos 7 a 28

<sup>28</sup> Artículo 9 Convención de Belém do Pará y artículos 12 y 18 Convenio de Estambul.

<sup>29</sup> Artículos 10, 11 y 12 Convención de Belém do Pará

<sup>30</sup> Constituida en 1928, la CIM es el primer órgano intergubernamental creado específicamente para la protección de los derechos de las mujeres en este ámbito regional y el primero de su naturaleza en el ámbito mundial.

interpretación de la Convención<sup>31</sup>; y 3) la interposición de denuncias o quejas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) por parte de cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental, por la violación del artículo 7 de la Convención, referido a medidas que los Estados deben adoptar sin dilación<sup>32</sup>. Como reforzamiento de los mecanismos de seguimiento de la Convención interamericana, en el año 2004 se constituyó el Mecanismo de Seguimiento de la Convención, denominado MESECVI, que se ha configurado como una metodología de evaluación multilateral, sistemática y permanente de la Convención que, hasta el momento, ha producido dos informes hemisféricos sobre la aplicación de la misma<sup>33</sup>.

Es interesante subrayar tres aspectos. El primero que el mecanismo de interposición de denuncias individuales recoge un amplio elenco de infracciones denunciables -todas las obligaciones que los Estados deben adoptar sin dilación-. El segundo, que a través de este procedimiento de denuncias de particulares es posible plantear un asunto ante la Corte IDH, aunque sea de manera indirecta, por la violación de un derecho derivado de la Convención de Belém do Pará, ya que la Comisión IDH tiene la potestad de elevar asuntos a la Corte IDH. Y el tercero, que los órganos principales del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos están involucrados en la protección de los derechos de las mujeres para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra ellas.

El mecanismo de seguimiento y control de la aplicación del Convenio de Estambul consiste únicamente en la presentación de informes por parte de los Estados que han ratificado el tratado. Estos informes se presentan ante los órganos creados *ex profeso* para este fin: un órgano técnico de expertos en la lucha contra la violencia

---

<sup>31</sup> La Corte IDH fue establecida como órgano de control jurisdiccional por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José, adoptado el 22/11/1969, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, Registro ONU 08/27/79 No. 17955

<sup>32</sup> La Comisión IDH es uno de los órganos principales de la OEA con un mandato no sólo de promoción de los derechos humanos, sino también de control y supervisión de estos, y cuya facultad más relevante consiste en recibir y examinar peticiones o quejas individuales sobre posibles violaciones de derechos humanos. La Comisión IDH puede someter asuntos a la Corte IDH siempre que el Estado afectado por la denuncia hubiese aceptado la jurisdicción de la Corte para estos supuestos.

<sup>33</sup> Por el momento 28 Estados, de los 32 que han ratificado la Convención de Belém do Pará, han participado activamente en el MESECVI. El Mecanismo de Seguimiento funciona mediante Rondas de evaluación y Rondas de seguimiento. Primer Informe Hemisférico, resultado de la evaluación multilateral iniciada en julio de 2005 y concluida en julio de 2007, adoptado en la Segunda Conferencia de Estados Parte, celebrada en 2008. Segundo Informe Hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará, "Inter-American Commission of Women. Follow-up Mechanism to the Belém do Pará Convention (MESECVI)," publicado en mayo de 2012 (OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L). Sobre el MESEVIC, véase Mejía Guerrero, Luz Patricia. *La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém ...*, p. 209.

contra la mujer y violencia doméstica, denominado GREVIO; y un órgano político, denominado Comité de las Partes, compuesto por los representantes de los Estados Partes en el Convenio<sup>34</sup>. La labor del GREVIO es básicamente fiscalizadora, de estudio y examen de los informes de los Estados, aunque también tiene la facultad de adoptar, cuando proceda, recomendaciones generales acerca de la aplicación del Convenio<sup>35</sup>. El resultado de las actividades fiscalizadoras del GREVIO debe hacerse público, junto con los comentarios y alegaciones del Estado afectado. Este mecanismo de control se complementa con la participación de los órganos parlamentarios nacionales, a los que los Estados Partes deben someter los informes del GREVIO, y de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que debe hacer balance de la aplicación del Convenio con cierta regularidad<sup>36</sup>. La transparencia de la labor del GREVIO es el aspecto más positivo que podemos resaltar de este mecanismo de control del Convenio, que no contempla la posibilidad de presentación de denuncias individuales ni de denuncias interestatales, ante el GREVIO u otro órgano institucional, ni tampoco ninguna forma de control de carácter jurisdiccional. Y es que salta a la vista, como afirma Alija Fernández, que el control propuesto en el Convenio no pretende ser sancionatorio, sino por el contrario, “evidencia un espíritu cooperativo” orientado a identificar problemas en la aplicación del Convenio y a ayudar a los Estados a superarlos<sup>37</sup>.

## 5. La jurisprudencia de la Corte IDH y del TEDH

Tanto en el sistema interamericano como en el del Consejo de Europa, la labor de los órganos jurisdiccionales surgidos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos -la Corte IDH<sup>38</sup>-, y del Convenio Europeo de Derechos Humanos -el

---

<sup>34</sup> Convenio de Estambul, Capítulo IX “Mecanismo de seguimiento”, artículos 66 a 70.

<sup>35</sup> El GREVIO puede recibir información de las organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil, de las instituciones nacionales para la protección de los derechos humanos, del Comisario del Consejo de Europa para los Derechos Humanos, de la Asamblea Parlamentaria y de otros órganos especializados del Consejo de Europa y de los establecidos en otros instrumentos jurídicos internacionales.

<sup>36</sup> Convenio de Estambul, artículo 70

<sup>37</sup> Alija Fernández, Rosa Ana. “*La violencia doméstica contra las mujeres...*”, p. 47.

<sup>38</sup> La jurisprudencia de la Corte está disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/>> [8 septiembre 2016].

Sobre la construcción jurisprudencial de la Corte acaecida a lo largo de los años ochenta del siglo pasado, véase: Cançado Trindade Antonio Augusto. “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. En Gómez Isa, Felipe y Pureza, José Manuel (dirs.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2004, p. 561; Castillo Daudí, Mireya. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2006, p. 245; Mejía Guerrero, Luz Patricia. “*La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)-<sup>39</sup>, ha sido decisiva en la protección de los derechos de las mujeres frente a la violencia. Una de las primeras cuestiones que dilucidó la Corte IDH fue su propia competencia para pronunciarse sobre las infracciones a la Convención de Belém do Pará, ya que algunos países le negaron dicha competencia *ratione materiae*. Así, en el emblemático caso *González y otras (Campo Algodonero) Vs México* -primera sentencia de la Corte que abordaba de manera integral los derechos de las mujeres-, la Corte, haciendo uso de una interpretación sistemática y teleológica de la Convención, determinó que era competente para conocer de las infracciones del artículo 7 del tratado, posibilitando con ello -aunque fuese de forma indirecta, a través de la Comisión IDH- que las demandas individuales de las mujeres americanas tuviesen amparo judicial<sup>40</sup>. En el caso *Fernández Ortega y otros Vs. México*, la Corte abordó el tema de la violencia y la violación sexual afirmando que la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima<sup>41</sup>; y en el caso *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú* amplió el concepto de violación sexual a actos que no eran los que tradicionalmente configuraban este concepto<sup>42</sup>. La Corte también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la violencia sexual de forma específica en el contexto de los conflictos armados en los casos *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador* y en el caso *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*<sup>43</sup>.

En el ámbito europeo, la valiosa jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha permitido que los derechos de las mujeres frente a actos de violencia dirigidos contra ellas, encuentren amparo en las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos

---

*Belém...*", pp.199 y ss.; Kemelmajer de Carlucci, A: "La violencia contra la mujer en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Voces en el Fénix*, marzo 2014, 32, Año 5, pp. 48-61.

<sup>39</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, CETS No.005, adoptado en Roma el 04/11/1950, entrada en vigor el 03/09/1953. Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, (BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979).

<sup>40</sup> Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de diligencia en las investigaciones relacionadas con la desaparición y muerte de Claudia Ivette Gonzáles, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Benerice Ramos Monárrez, acaecidos en ciudad Juárez (México); párrafo 77.

<sup>41</sup> *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la violación sexual cometida en perjuicio de Inés Fernández Ortega por parte de agentes militares, así como la falta de investigación y sanción de los responsables. Párrafo 119

<sup>42</sup> *Caso Penal Miguel Castro Vs. Perú*, párrafo 308

<sup>43</sup> *Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*, Serie C No. 252. En la sentencia, la Corte consideró que las violaciones sexuales a las cuales fueron sometidas las mujeres en el caserío El Mozote, estando bajo el control de efectivos militares, constituyeron violación por parte del Estado salvadoreño de diversos artículos de la Convención Americana. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, Serie C No. 250.

Humanos, gracias a los criterios interpretativos del Tribunal. La mayoría de los asuntos presentados ante el Tribunal han consistido en agresiones sexuales a mujeres, si bien, en los últimos años han proliferado los asuntos referidos a violencia doméstica, en los que la víctima ha sido objeto de maltrato por parte de su pareja durante la relación o una vez acabada ésta<sup>44</sup>. El asunto más emblemático y representativo es el *caso Opuz contra Turquía* (2009)<sup>45</sup>, cuya sentencia representa un hito, a juicio de la doctrina, por los valiosos y valientes pronunciamientos en relación con la violencia doméstica contra las mujeres, considerada en la sentencia como un acto de carácter discriminatorio. El Tribunal consideró que el artículo 2 del CEDH, que garantiza el derecho a la vida, impone al Estado, no sólo una obligación negativa de abstenerse de privar a alguien de su vida, sino también una obligación positiva de tomar medidas para salvaguardar las vidas de las personas que están bajo su jurisdicción y que no sean objeto de tortura, o de penas o tratos inhumanos o degradantes, incluidos los malos tratos administrados por individuos privados<sup>46</sup>. Sobre la mutilación genital femenina (MGF), la sentencia del *caso Enitan Pamela Izevbehai y otros contra Irlanda* (2011)<sup>47</sup> es ilustrativa para conocer la posición del Tribunal europeo ante este polémico tema. En ella, el Tribunal no discute si someter a una niña o a una adulta a la MGF equivale a malos tratos contrarios al artículo 3 del CEDH, ni tampoco pone en cuestión esta práctica tradicional en sí. Lo que debate el Tribunal es si las niñas y las mujeres de este caso concreto se enfrentan a un *riesgo real* de ser sometidas a la MGF a su regreso a su país de origen. Y para valorar este riesgo real, el Tribunal afirma que es preciso analizar no sólo la situación jurídica de la MGF en el país en cuestión -en este caso Nigeria- sino también

---

<sup>44</sup>La jurisprudencia del TEDH está disponible en: <<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>> [8 septiembre 2016].

La jurisprudencia del Tribunal ha evolucionado en dos direcciones: hacia una progresiva ampliación de los derechos que resultan lesionados en casos de violencia contra las mujeres; y, hacia el reconocimiento de que la violencia contra las mujeres lesiona los derechos más fundamentales, los derechos inderogables, establecidos en el CEDH. Sobre este asunto: Alija Fernández, Rosa Ana. “*La violencia doméstica contra las mujeres...*”, pp. 5-21.

<sup>45</sup>*Case of Opuz v. Turkey* (Application no. 33401/02), 9 June 2009. En este caso la demandante alegó que las autoridades turcas no habían protegido el derecho a la vida de su madre que fue asesinada por su marido. Párrafo 153.

<sup>46</sup>*Ibidem*, párrafos 128 y 159.

<sup>47</sup>*Case Enitan Pamela Izevbehai and Others v. Ireland*, Application núm. 43408/08, 17 mayo 2011. La demandante, ciudadana nigeriana que vivía en Lagos, solicitó asilo en Irlanda para proteger a sus dos hijas de la MGF en el supuesto de que fueran devueltas a Nigeria. Irlanda le denegó el estatuto de refugiadas y la solicitante planteó su queja ante el Tribunal, que desestimó la demanda por infundada. Párrafos 72, 73, 80 y 81. Las mismas consideraciones y fallo se repiten en el caso *Omeredo contra Austria* (2011), (*Case Mary Magdelene Omeredo v. Austria*, Application núm. 8969/10, 20 septiembre 2011).

las circunstancias personales de la solicitante de asilo y de su familia. Una manera sutil, a nuestro modo de ver, de esquivar el fondo del problema de la MGF y de trasladar a las potenciales víctimas la solución del mismo.

## 6. Reflexiones finales

A modo de conclusiones, podemos señalar algunos aspectos significativos que, en nuestra opinión, representan fortalezas y debilidades tanto del Sistema Interamericano como del sistema del Consejo de Europa de protección de los derechos humanos de las mujeres frente a la violencia. Así, por lo que respecta al Sistema Interamericano son, sin duda, signos positivos los siguientes: la existencia temprana de la Convención de Belém do Pará; el amplio número de Estados que la han ratificado; el mecanismo de control y aplicación del texto que introduce el sistema de denuncias individuales ante la Comisión IDH y abre la posibilidad de la intervención de la Corte IDH; o la labor decisiva llevada a cabo tanto por la Comisión como por la Corte IDH en el establecimiento de los estándares jurídicos del sistema en relación con la materia. Pero, sin desmerecer lo apuntado, no podemos pasar por alto las fallas del sistema. Una de ellas deriva del propio sistema general de protección de derechos en el que se integra la Convención de Belém do Pará y que se caracteriza por dos rasgos fundamentales: la imposibilidad del acceso directo de las mujeres a la Corte IDH y, la necesidad del reconocimiento expreso, por parte de los Estados, de la competencia de la Corte para examinar y decidir sobre las denuncias individuales de mujeres víctimas de violencia que le sean presentadas a través de la Comisión IDH. La otra debilidad del sistema se encuentra en la gran brecha que existe entre los compromisos de derechos humanos asumidos por los Estados y la protección plena y efectiva de éstos<sup>48</sup>, que contribuye a que la violencia contra las mujeres constituya en la actualidad uno de los principales problemas de la región, pese a la existencia desde hace más de veinte años de un instrumento jurídico específico para prevenirla y erradicarla. Un ejemplo de ello lo representa el llamado feminicidio<sup>49</sup> -término que precisamente arraigó en los países de esta región- que hoy día es un tema ausente en la mayoría de los Estados, a pesar de

---

<sup>48</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación* [en línea], 3 noviembre 2011, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60; párrafos 12 y 13, 192 y 193. <<https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/>> [6 julio 2016].

<sup>49</sup> Declaración sobre el Femicidio del Comité de Expertas/os (documento MESECVI/CEVI/DEC. 1/08), 15 de agosto de 2008, punto 2. Ver: <<https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/DeclaracionFemicidio-ES.pdf>> [8 septiembre 2016].

que, como se ha señalado, las altas tasas de muerte alcanzan en la región niveles cercanos a la pandemia de acuerdo con el indicador de la Organización Mundial de la Salud (OMS)<sup>50</sup>. Para superar esta brecha, en nuestra opinión, es necesario que todos los Estados miembros de la OEA ratifiquen la Convención e incorporen sus disposiciones a su respectivo Derecho interno.

Con respecto al Convenio de Estambul, es indudable que el texto representa un avance importante en la protección de la integridad física y moral de las mujeres en Europa, cuya tasa de violencia doméstica alcanza niveles muy elevados en algunos países europeos<sup>51</sup>. El Convenio supera en amplitud y claridad la regulación que hasta el momento ofrecían los instrumentos universales e introduce aspectos novedosos que no pueden pasar desapercibidos, tanto en lo concerniente a los conceptos de violencia contra las mujeres y violencia doméstica como a la obligatoriedad de los Estados de aplicar políticas integrales que incorporen la prevención, protección y persecución de la violencia contra la mujer. Es relevante, en nuestra opinión, que el texto incluya de manera explícita la obligación de los Estados de criminalizar diversas formas de violencia contra las mujeres, así como el reconocimiento expreso del principio de la diligencia debida desarrollado por la jurisprudencia del TEDH. Otros aspectos dignos de ser destacados son: la regulación de la situación de las mujeres migrantes y solicitantes de asilo y refugio; la aplicación del Convenio tanto en tiempos de paz como en situaciones de conflicto armado; el carácter público de los informes del órgano de control del Convenio y la posibilidad de su discusión en los Parlamentos nacionales y en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; la consideración de víctimas a los hijos de las propias víctimas de violencia; y la posibilidad de continuar los procedimientos de oficio, aún habiéndose retractado o habiendo retirado su denuncia la víctima. No obstante estos aspectos positivos, el texto también presenta algunos puntos

---

<sup>50</sup> Carcedo, Ana (coord.). *No olvidamos ni aceptamos: femicidio en Centroamérica 2000-2006*. San José, Costa Rica: CEFEMINA-Horizons of Friendship, 2010, p. 35.

De acuerdo con dicho estudio, en el año 2006 El Salvador alcanzó los 12,7 homicidios por cada 100.000 mujeres, lo que lo coloca por encima de la tasa de 10 por 100.000 que la OMS considera como epidémica. Guatemala en ese mismo año se acercó a esa tasa epidémica pues llegó a 9 por 100.000. De acuerdo al Observatorio Interamericano de Seguridad de la OEA, las tasas de homicidios de mujeres que se alcanzan en El Salvador y en Guatemala en el año 2006 se colocan muy por encima de las de la mayoría de los países del continente americano.

<sup>51</sup> Según el Manual para Parlamentarios del Consejo de Europa, una de cada cinco mujeres en Europa, ha sido, o podría ser, víctima de violencia física y psicológica. En el caso de la violencia doméstica la gran mayoría de las víctimas son mujeres y niñas. Consejo de Europa. *Manual para Parlamentarios del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* [en línea]. Estrasburgo: Consejo de Europa, Febrero 2013, pp. 9, 15 y 16. <[http://website-pace.net/documents/19879/730532/HandbookParliamentarians\\_SP.pdf](http://website-pace.net/documents/19879/730532/HandbookParliamentarians_SP.pdf)> [6 julio 2016].

débiles. Así, el sistema de protección de derechos de las mujeres que establece el Convenio de Estambul no se puede igualar al sistema establecido en el CEDH por varias razones: porque no existe ninguna disposición que obligue a los Estados del Consejo de Europa a ser partes en el Convenio de Estambul; porque el Convenio de Estambul no prevé un sistema de reclamaciones individuales o interestatales por los incumplimientos del Convenio; y porque el Convenio de Estambul no contempla la posibilidad de demandas individuales de mujeres víctimas de violencia ante el TEDH.

### Referencias Bibliográficas

- Alija Fernández, Rosa Ana. “La violencia doméstica contra las mujeres y el desarrollo de estándares normativos de derechos humanos en el marco del Consejo de Europa”. *Revista General de Derechos Europeo*, 2011, 24, pp. 1-48.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto. “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. En Gómez Isa, Felipe y Pureza, José Manuel (dirs.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004, pp. 549-592.
- Carcedo, Ana (coord.). *No olvidamos ni aceptamos: femicidio en Centroamérica 2000-2006*. San José, Costa Rica: CEFEMINA-Horizons of Friendship, 2010. <<https://idl-bnc.idrc.ca/dspace/bitstream/10625/49649/1/IDL-49649.pdf>> [8 agosto 2016].
- Castillo Daudí, Mireya. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2006.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación* [en línea], 3 noviembre 2011, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60; párrafos 12 y 13, 192 y 193. <<https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/>> [6 julio 2016].
- Consejo de Europa. *Manual para Parlamentarios del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* [en línea]. Estrasburgo: Consejo de Europa, Febrero 2013, pp. 9, 15 y 16. <[http://website-pace.net/documents/19879/730532/HandbookParliamentarians\\_SP.pdf](http://website-pace.net/documents/19879/730532/HandbookParliamentarians_SP.pdf)> [6 julio 2016].

- Kemelmajer de Carlucci, Aída. “La violencia contra la mujer en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Voces en el Fénix*, marzo 2014, 32, Año 5, pp. 48-61.
- Mejía Guerrero, Luz Patricia. “La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Revista IIDH*, 2012, pp. 189-213.
- Peramato Martín, Teresa. “Aspectos jurídicos de la violencia de género. Evolución”. *Cuadernos de la Guardia Civil*, 2015, 51, pp. 8-25.
- Pérez Contreras, María de Montserrat. “Comentarios a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: Convención de Belém do Pará”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Mayo-Agosto 1999, 95, Nueva Serie Año XXXII, pp. 667-679.
- Ushakova, Tatsiana. “La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, octubre-diciembre 2013, 4, Volumen 1, pp. 1-18.

**O ESTADO E SUA INTERVENÇÃO FRENTE À VIOLÊNCIA  
CONTRA MULHER NO LAR: UM OLHAR  
PARA AS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E ESPANHOLA \***

**THE STATE AND ITS INTERVENTION TO VIOLENCE AGAINST WOMEN  
IN THE HOME: A LOOK  
AT THE BRAZILIAN LEGISLATION AND SPANISH**

Paloma Barbosa da Silva

Paula Tayná da Silva

Flávia Roberta Gusmão Oliveira

*Centro Universitário do Vale do Ipojuca - DeVry UNIFAVIP*

**Resumo:** O presente estudo tem por objetivo realizar uma análise comparativa entre a Lei brasileira nº 11.340, de 07 de Agosto de 2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, e a Lei Orgânica 01, espanhola, de 28 de Dezembro de 2004, sobre a Proteção Integrada de Medidas contra a Violência de Gênero. Ambas as normas têm sido consideradas pela Organização das Nações Unidas (ONU), duas das três melhores legislações do mundo que visam coibir e prevenir a violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher. A metodologia empregada nesta pesquisa adotará o método descritivo-comparativo com uma abordagem qualitativa, bibliográfica, documental, com ênfase nas normas vigentes. A partir da pesquisa, constatamos que tais legislações trouxeram resultados favoráveis à sociedade, tornando-se referências mundiais, apesar disso, verificamos que, ainda, é necessário à implementação de políticas públicas para a sua verdadeira execução e efetivação.

**Palavras chaves:** Violência de gênero e doméstica; Lei Maria da Penha; Lei Orgânica 1/2004.

**Abstract:** This study aims to conduct a comparative analysis of the Brazilian Law No. 11,340, of August 7, 2006, known as "Maria da Penha Law", and the Organic Law 01, the Spanish of 28 December 2004 on the protection measures Integrated against Gender Violence. Both standards have been considered by the United Nations (UN), two of the three best legislation in the world that aim to restrain and prevent gender violence, domestic and family against women. The methodology used in this research adopt the descriptive-comparative method with a qualitative approach, bibliographical, documentary, with an emphasis on current standards. From the research, we found that such laws have brought favorable results for the company, making it the world references, nevertheless, we find that it is still necessary to implement public policies for their real implementation and enforcement.

**Keywords:** Gender violence and domestic; Maria da Penha Law; Organic Law 1/2004.

## **1. Introdução**

O presente estudo analisa as legislações brasileira e espanhola destacando as convergências e especificidades na tentativa de erradicar a contínua problemática da

---

\* Trabalho elaborado a partir dos estudos realizados pelo Grupo de Iniciação Científica do Centro Universitário do Vale do Ipojuca (UNIFAVIP/DEVRY).

violência contra a mulher. Apesar de todos os avanços das leis, este é um assunto de grande relevância e repercussão cotidiana que alcança dimensões globais, tornando-se ainda mais preocupante.

Assim, a essência deste artigo é apresentar um panorama geral das normatizações protetoras às vítimas de violência doméstica e familiar, comparando as diretrizes adotadas na Espanha e no Brasil. Ambos os países possuem uma história de enfrentamento à violência e proteção às mulheres bastante peculiares, mas, que surgiram num mesmo contexto, marcado por lutas, conquistas e movimentos sociais, obtendo um resultado significativo, pois têm sido atualmente, duas das melhores legislações do mundo a executarem medidas que garantem a integridade da mulher.

Partindo desta perspectiva, o estudo está segmentado em cinco seções temáticas, sendo a primeira, esta parte introdutória. Posteriormente, na segunda seção, examinaremos, de forma breve e concisa, o contexto histórico da violência doméstica contra a mulher, com destaque na noção de gênero e em algumas conquistas relevantes no decorrer dos séculos. Na próxima seção, serão apresentados os motivos, os benefícios e as inovações da Lei brasileira nº 11.340, de 07 de Agosto de 2006, denominada “Lei Maria da Penha” e, da Lei Orgânica 01, espanhola, de 28 de Dezembro de 2004, sobre a Proteção Integrada de Medidas contra a Violência de Gênero, dos quais estão separados por dois sub tópicos. Na quarta seção, será exposta uma breve análise das normas, dando ênfase aos desafios quanto a sua efetivação e eficácia no combate e prevenção à violência doméstica contra as mulheres. Por fim, na quinta seção, serão apresentadas as considerações finais referentes a esta violência praticada no lar dos Estados espanhol e brasileiro.

## **2. Contexto histórico da violência doméstica contra a mulher**

Primeiramente é necessário abordarmos a violência doméstica contra a mulher em conjunto com as questões de Gênero, pelo motivo de que são assuntos que estão intimamente relacionados.

O conceito de gênero refere-se a uma construção social que elenca atribuições a cada sexo, moldando as relações e comportamentos entre os indivíduos. Conseqüentemente, as mulheres são as maiores vítimas de violência de gênero, pois, de maneira geral e estatisticamente, as agressões são cometidas pelos homens. Assim, a violência de gênero contra a mulher é aquela que ocorre simplesmente pelo fato dela ser o que é.

A violência cometida contra a mulher é um fenômeno histórico, em que surgiu a ideia de que as mulheres são seres inferiores aos homens, seres sem expressão, sem vontade própria e, por esta razão, elas tinham a obrigação de obedecer aos homens, atendendo às suas ordens<sup>1</sup>.

Marilena de Souza Chauí<sup>2</sup>, em seu artigo “Participando do Debate sobre Mulher e Violência”, entende que a violência contra a mulher advém de uma ideologia de dominação masculina, na qual a condição de “feminina” e de “masculina” são convertidas em desigualdades hierárquicas, sendo assim, aquela inferior a esta.

Conforme Heleieth I.B. Saffioti<sup>3</sup>, os homens, no desempenho de sua função cultural, possuem o poder de dominação-exploração, o poder de estabelecer o modo de se comportar das esferas sociais nomeadas, fazendo-se necessário o uso da violência para que as vítimas os obedeçam.

Dessa forma, podemos perceber que a violência de gênero surge dentro da ótica cultural, visto que, a dominação masculina e as desigualdades conferidas entre homens e mulheres formam um atributo, decorrente de práticas sociais, que colocam as mulheres em uma posição de inferioridade, perante os homens.

Podemos ver que este “conflito” de gênero está por trás da violência doméstica, que é aquela que se configura dentro do lar, espaço em que deveria ser de acolhimento e proteção.

A Lei Maria da Penha define violência doméstica ou familiar contra a mulher, em seu artigo 5º como sendo “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” no âmbito da unidade doméstica, da família e em qualquer relação íntima de afeto.

É válido ressaltar que este tipo de violência sempre esteve presente em toda a sociedade, cada qual apresentando diferentes níveis e particularidades, o que revela a maneira de como as sociedades, seguindo seus padrões culturais, estabelecem soluções para este problema.

---

<sup>1</sup> Governo do Estado de Pernambuco/Secretaria da Mulher. *Das lutas à lei: uma contribuição das mulheres à erradicação da violência*. s. l. Recife, 2011, p. 19.

<sup>2</sup> CHAUI apud Santos, Cecília MacDowell; Izumino, Wânia Pasinato. 2005. *Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero: notas sobre Estudos Feministas no Brasil* [online]. <<http://www.nevusp.org/downloads/down083.pdf>>. [26 de agosto de 2016], p. 3.

<sup>3</sup> Saffioti, Heleieth Iara Bongiovani. *Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero* [online]. 2001. <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf>> [26 de agosto de 2016].

Um marco histórico que podemos citar é o movimento iluminista, no qual, no século XVIII, surgiram reflexões sobre as mulheres por alguns pensadores franceses, despertando assim, um interesse sobre este tema. Mulheres da elite, da cidade de Paris, despertaram para efetivar reuniões com temas facultativos. Porém, estas mulheres passaram a receber críticas, tendo em vista que as sociedades da época afirmavam que as mulheres não possuíam a razão necessária para debates importantes.

No curso dos séculos posteriores ao XVIII, as lutas das mulheres pelos seus direitos não cessaram, tendo sido conquistado, paulatinamente, direitos e aceitação social, como o espaço feminino no trabalho, muito impulsionado pela Revolução Industrial, que com o êxodo rural e a visão extrema pelo lucro, os grandes industriais começaram a empregar mulheres e crianças com o fim de pagar salários mais baixos. Dessa forma, diminuindo os custos e aumentando os lucros<sup>4</sup>.

Outro fator que contribuiu para a inserção das mulheres no trabalho produtivo foram as grandes guerras mundiais, onde os homens precisavam lutar e as mulheres, que ficavam com os filhos, precisavam trabalhar para suprir a mão-de-obra masculina, para que a produção do país não paralisasse.

Outro avanço imprescindível de salientar foi à conquista da participação feminina na política, começando com o direito ao voto. O país principiante a conferir este direito foi a Nova Zelândia<sup>5</sup>, em 1893, tendo a Espanha apenas concedido o direito ao voto feminino em 1931 e, o Brasil um ano após, em 1932.

Entretanto, mesmo com todas as conquistas femininas, existe um tipo de violência que ultrapassou todos esses séculos e, ainda ocorre em números alarmantes em um lugar, onde a mulher deveria sentir respeito e aconchego, que é o seu próprio lar. A mulher, vítima deste tipo de violência sente-se suprimida a um valor desprezível, sem forças para lutar contra quem lhe impôs, que assim fosse, por isso, o Estado deve intervir para que esta agressão cesse.

Todavia, mesmo com o amparo legislativo, o combate é dificultado pelo fato das pressões sociais, do medo, da vergonha e do valor sentimental que a vítima tem pelo agressor, por isso inibe-se a si mesma, iniciando assim, uma opressão psicológica.

---

<sup>4</sup> Lee-meddi, Jeocaz. *As sufragistas - a mulher e o direito ao voto*. Virtuália - O Manifesto Digital, 25 de fevereiro de 2010 [online]. <http://virtualiaomaniesto.blogspot.com.br/2010/02/as-sufagistas-mulher-e-o-direito-ao.html?m=1> [26 de agosto de 2016].

<sup>5</sup> *Ibidem*.

### **3. A legislação relativa à violência contra mulher no Brasil e na Espanha: motivos, inovações e benefícios.**

Neste tópico comentaremos sobre as normas brasileira e espanhola criadas para combater e prevenir a violência doméstica e familiar cometidas contra as mulheres.

#### **3.1 O caso brasileiro**

O Estado brasileiro no ano de 2006 avançou quanto à legislação, com a criação da Lei Federal nº 11.340 conhecida como Lei Maria da Penha, que obteve este nome em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes que lutou durante 20 anos para ver seu agressor preso, o professor universitário Marco Antônio Heredia Viveros.

Cearense, formada em biofarmácia, casada, sofreu o primeiro atentado contra sua vida no ano de 1983, vítima de um tiro nas costas enquanto dormia. Em decorrência disto, ela fica paraplégica, porém seu marido a época alega ter sido atacado por assaltantes, entretanto, pouco tempo depois ele tenta matá-la eletrocutada<sup>6</sup>.

Por uma parte considerável da história do Brasil se viveu uma época em que muitas mortes de mulheres recebiam a justificativa do judiciário de “legítima defesa da honra” e assim, os assassinos saíam impunes. Em consequência disto, as mulheres sentiam um medo por não ter meios ou ferramentas específicas que lhes dessem amparo legislativo, passando a ser uma violência com pouca visibilidade social e vista como que sem importância.

Dessa forma, era possível perceber a omissão estatal que ocorreu no caso Maria da Penha, visto que o primeiro julgamento apenas ter ocorrido oito anos após os crimes praticados. E ainda assim, decorridos quinze anos do crime, o caso não havia sido decidido, sem a justiça brasileira apresentar explicação por tanta morosidade, o que ocorria em muitos outros casos existentes no Brasil.

Com o apoio de Consórcio de Organizações Não Governamentais (ONGs), Maria da Penha conseguiu enviar o processo para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) que aceitou uma denúncia, pela primeira vez com este tema. Em consequência do processo da OEA, o Brasil foi condenado, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por omissão, negligência e tolerância a este tipo de violência. O que foi um fator decisivo e inspirador para a criação de uma legislação específica sobre violência doméstica, o que cumoulou

---

<sup>6</sup> Dias, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista, atualizada e ampliada, 2012, p. 15.

na denominada Lei Maria da Penha, sancionada pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 07 de outubro de 2006, entrando em vigor em 22 de setembro do mesmo ano.

A Lei nº 11.340/2006 da Federação brasileira está estruturada de modo que possui sete títulos, nove capítulos e quarenta e seis artigos, possuindo também o seguinte preâmbulo:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências<sup>7</sup>.

As inovações advindas da Lei Maria da Penha são notoriamente perceptíveis na norma de forma objetiva, e na sociedade, por cumular expressamente ações que possibilitam uma maior proteção estatal às vítimas que sofrem, tão somente, pelo fato de serem o que são. Mulheres, muitas vezes silenciadas por pressões sociais, medo e vergonha, sendo colocadas sob o jugo da violência de forma cruel, desumana e brutal, com o sofrimento tal, que afeta toda a sua vida e saúde psicológica e física.

As mudanças ocorridas com o advento desta lei foram percebidas como uma evolução legislativa, pelo fato de assegurar direitos, como a vítima apenas poder desistir da denúncia diante de um juiz que poderá analisar a situação, esta denúncia independe da vontade da vítima, ou seja, outras pessoas tem competência para fazê-la; a intimidação do agressor passou a não ser mais um dever da mulher, e sim do Estado por meio de seus servidores; a autoridade policial, agora, pode prender o agressor em flagrante; a justiça passou a ter o dever de informar a agredida sobre os atos processuais, inclusive, sobre a entrada e o egresso do réu da prisão; passou-se a não poder pagar pena pecuniária para o crime de violência doméstica contra a mulher.

São muitos os benefícios em favor da mulher com a promulgação desta lei. Já foram mencionados alguns dos grandes avanços trazidos para a sociedade através do dispositivo legal nº 11.340/2006, como também foi o fato da lei ter inserido uma agravante para o crime de lesão corporal. Uma conquista após a Lei Maria da Penha foi

---

<sup>7</sup> Brasil. *Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006* [online]. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). [18 de agosto de 2016].

à implementação de uma majorante para os casos em que a vítima seja portadora de deficiência, sendo esta majorante incluída mediante o décimo primeiro parágrafo do artigo 129 do Código Penal brasileiro.

Decorreu também desta novidade legislativa o dever do agressor em comparecer a programas de reeducação e recuperação nos casos da pena privativa de liberdade ser substituída pela pena restritiva de direitos, encorpada na limitação dos finais de semana, sendo também, o atendimento especializado ofertado, para que a vítima possa dispor de um maior amparo estatal. Para que melhor sejam explanadas estas mudanças, será observado, em concordância com o quadro comparativo realizado pelo Observatório Lei Maria da Penha, que contém relevantes modificações advindas com o texto normativo citado:

**Quadro 1**

ANTES DA LEI MARIA DA PENHA	DEPOIS DA LEI MARIA DA PENHA
Não existia lei específica sobre a violência doméstica.	Tipifica e define a violência doméstica e familiar contra a mulher e estabelece as suas formas: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.
Não tratava das relações entre pessoas do mesmo sexo.	Determina que a violência doméstica contra a mulher independe de orientação sexual.
Nos casos de violência, aplica-se a lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, onde só se julgam crimes de "menor potencial ofensivo" (pena máxima de 2 anos).	Retira desses Juizados a competência para julgar os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher.
Esses juizados só tratavam do crime. Para a mulher resolver o resto do caso, as questões cíveis (separação, pensão, guarda de filhos) tinha que abrir outro processo na vara de família.	Serão criados Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal, abrangendo todas as questões.
Permite a aplicação de penas pecuniárias, como cestas básicas e multas.	Proíbe a aplicação dessas penas.
A autoridade policial fazia um resumo dos fatos e registrava num termo padrão (igual para todos os casos de atendidos).	Tem um capítulo específico prevendo procedimentos da autoridade policial, no que se refere às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.
A mulher podia desistir da denúncia na delegacia.	A mulher só pode renunciar perante o Juiz.
Era a mulher quem, muitas vezes, entregava a intimação para o agressor comparecer às audiências.	Proíbe que a mulher entregue a intimação ao agressor.
Não era prevista decretação, pelo Juiz, de prisão preventiva, nem flagrante, do agressor (Legislação Penal).	Possibilita a prisão em flagrante e a prisão preventiva do agressor, a depender dos riscos que a mulher corre.
A mulher vítima de violência doméstica e familiar nem sempre era informada quanto ao andamento do seu processo e, muitas vezes, ia às audiências sem advogado ou defensor público.	A mulher será notificada dos atos processuais, especialmente quanto ao ingresso e saída da prisão do agressor, e terá que ser acompanhada por advogado, ou defensor, em todos os atos processuais.
A violência doméstica e familiar contra a mulher não era considerada agravante de pena. (art. 61 do Código Penal).	Esse tipo de violência passa a ser prevista, no Código Penal, como agravante de pena.
A pena para esse tipo de violência	A pena mínima é reduzida para 3 meses

doméstica e familiar era de 6 meses a 1 ano.	e a máxima aumentada para 3 anos, acrescentando-se mais 1/3 no caso de portadoras de deficiência.
Não era previsto o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação (Lei de Execuções Penais).	Permite ao Juiz determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.
O agressor podia continuar frequentando os mesmos lugares que a vítima frequentava. Tampouco era proibido de manter qualquer forma de contato com a agredida.	O Juiz pode fixar o limite mínimo de distância entre o agressor e a vítima, seus familiares e testemunhas. Pode também proibir qualquer tipo de contato com a agredida, seus familiares e testemunhas.

Fonte: Observatório da Lei Maria da Penha (UFBA)<sup>8</sup>

### 3.2 O caso espanhol

O Estado Espanhol por meio da Lei Orgânica nº 01/2004<sup>9</sup>, de 28 de dezembro, buscou tratar sobre violência de gênero visando à paz, a igualdade e o desenvolvimento de medidas que viessem coibir o indivíduo que desrespeita, violenta e desvaloriza o desfrute de direitos fundamentais inerentes a todo ser humano que deve ser protegido e resguardado pelo Estado.

Um caso bastante relevante ocorrido na nação espanhola e que chamou bastante atenção da sociedade foi o de Ana Orantes<sup>10</sup>, quando esta foi assassinada, queimada viva por seu ex-marido em 1997. Este caso teve grande repercussão devido ao fato da aplicação da lei, existente á época, ser considerada desarmônica para barbaridade do crime cometido. A vítima sofreu esta violência fatal após ter relato em um programa televisivo sua história de maus tratos.

Assim, após este acontecimento, passou-se a ter uma maior visibilidade sobre este problema social da violência contra a mulher devido ao fato de ser o que é, gerando assim, certa alerta para crimes deste tipo de delito, o que proporcionou contornos políticos.

O Estado Espanhol antes da lei orgânica 1\2004 já possuía leis que tratavam sobre este tema, leis dos anos de 1980 e 1990, porém na prática percebeu-se que era preciso mais. A ideia de proteger o direito das mulheres como direitos humanos, fruto de ideais vindos de convenções internacionais que a Espanha participou, mostrando que

<sup>8</sup> Observatório Lei Maria da Penha. *Aspectos fundamentais da Lei* [online]. [http://www.observe.ufba.br/lei\\_aspectos](http://www.observe.ufba.br/lei_aspectos) [25 de agosto de 2016].

<sup>9</sup> España, Ministerio de la presidencia. *Ley Orgánica 01 Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 28 de diciembre de 2004 [online]. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760> [18 de agosto de 2016].

<sup>10</sup> Oliva, Milagros Pérez. *Ni Uma Menos: um clamor contra a resignação* [online]. El País. 4 de junio de, el año 2015. [http://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/04/opinion/1433439329\\_164930.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/04/opinion/1433439329_164930.html) [19 de agosto de 2016].

seria preciso coibir este tipo de violência de forma mais incisiva e eficaz, para garantir a “liberdade feminina” não uma liberdade que viesse a suprimir os “direitos masculinos”, até porque não é uma guerra de todos contra todos, pois se assim fosse, estariam voltando ao estado de selvageria humana. O que a população precisava era de uma resposta estatal que resguardasse a liberdade, para que assim como o homem, a mulher fosse respeitada e não violentada apenas pelo fato de ser mulher, partindo do ideário da igualdade material, de tratar todos iguais, na medida de suas desigualdades.

A Lei 1\2004 foi um marco importante na legislação espanhola, sendo assim considerada a segunda melhor lei quando se trata de violência contra a mulher, à nomenclatura usada na lei é violência de gênero, por considerar que a mulher é violentada por ser o que é (mulher). Diz Moacir Henrique Junior *et al* que “a denominação ‘violência de gênero’ é distinta da violência doméstica, pois a primeira aponta à mulher como sujeito de referência, enquanto a outra a família”<sup>11</sup>.

O texto normativo se explica com base na busca por garantir os direitos humanos de forma específica, que também tenha como foco de apontar ações de cunho educativo e social, visando à prevenção.

Este avanço legislativo trouxe uma sensação de amparo estatal à liberdade de ser mulher, basta ver que a força normativa assume a condição de educação, efeito e proteção do direito, levando-se em consideração o princípio da igualdade em suas denotações, mas a sociedade, apesar de todos os avanços, não está livre da discriminação, iniquidade e desigualdade.

Portanto, utilizando as palavras de Gomes:

A lei existe como uma forma de orientar, disciplinar e coibir determinadas atitudes, cada lei tem sua finalidade (já diria John Locke, filósofo inglês e pai do liberalismo: “A finalidade da lei não é abolir ou conter, mas preservar e ampliar a liberdade. Em todas as situações de seres criados aptos à lei, onde não há lei, não há liberdade”), mas não pode ser a única maneira de se combater este tipo de violência, devemos debater o tema, entender os motivos que levam essa violência a acontecer seja aqui ou em qualquer outro lugar do mundo<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Júnior, Moacir Henrique; Almeida, Emerson Gervásio de; Gouveia, Rogério Gonçalves Lacerda de. *Ensaio jurídico acerca da lei federal brasileira nº 11.340/2006 (lei Maria Da Penha) em comparação com lei orgânica espanhola nº 1/2004, 10 de junho de 2013* [online]. <http://www.diritto.it/docs/35131-ensaio-jur-dico-acerca-da-lei-federal-brasileira-n-11-340-2006-lei-maria-da-penha-em-compara-o-com-lei-org-nica-espanhola-n-1-2004> [20 de agosto de 2016].

<sup>12</sup> Gomes, Thais Maciel. “Espanha – A violência de gênero em números”. In: *Brasileiras pelo Mundo*, 20 de julho de 2016 [online]. <http://www.brasileiraspelomundo.com/espanha-a-violencia-de-genero-em-numeros-031835512> [18 de agosto de 2016].

Ou seja, a lei, por si só, não irá mudar uma realidade, principalmente no que tange à violência doméstica, uma vez que está o patriarcalismo está arraigado na estrutura social da maior parte dos países do mundo. Para que tal norma seja eficaz é preciso desenvolver e estimular práticas que minimizem as desigualdades de gênero.

#### **4. Discutindo sobre as normas brasileira e espanhola**

As legislações ora debatidas têm importantíssimo valor social ao resguardar e possibilitar que a mulher possa se ausentar da qualidade de vítima, apoderando-se de direitos que não lhe poderia ter sido negado, unicamente pelo fato dela ser mulher. Tendo em vista que por muito tempo a sociedade pensou a mulher de forma a limitar o seu espaço, como nas escolas, na política e dos espaços de poder, determinando um papel cultural de mãe e esposa dedicada ao lar. Deste modo, muitas delas, ao longo da história se sentiam coagidas ou pressionadas a permanecer na situação de violência.

Esta mulher, que por tanto tempo se calou frente às barbáries acontecidas dentro do seu próprio lar, ainda hoje, mesmo com o amparo legislativo, por muitas vezes, sente-se desamparada e teme pelo que pode acontecer após a denúncia ser realizada e, o agressor ser preso. Questões como, filhos, imagem da família, dependência financeira, temor pela própria vida e vergonha, levam as vítimas a calar-se diante de tal crueldade, vivendo com todos os seus direitos esquecidos, sufocando-os em um silêncio que grita dentro de si, para que em um futuro as agressões cessem.

Contudo, os resultados de todo esse sofrimento são consequências físicas e psicológicas, como depressão, quando a vítima passa a esquecer-se do seu eu humano, passando a viver sob o peso da violência psicológica que à tormenta por não ver ou não conseguir um escape seguro. A partir daí então, as mulheres a observarem tanto sofrimento e dor, começam a perceber-se como um objeto, que causa uma enorme angústia, ansiedade e pesar.

Por conseqüente do exposto, o Estado brasileiro necessita criar novos mecanismos de proteção à mulher pós-denúncia, além dos já expressos na Lei Maria da Penha, como se pode citar o afastamento do agressor do lar, as casas de abrigo e a determinação sobrevinda ao autor de manter certa distância da vítima. É preciso criar mecanismos como políticas públicas que insiram as mulheres uma atividade laboral,

educativa e de saúde que acompanhe as mulheres e seus filhos que já passaram pela situação de violência<sup>13</sup>.

As mudanças como já citamos advindas da Lei nº 11.340/06 tem como foco o asseguramento do Estado às vítimas, porém como já mencionamos uma das políticas públicas é a casa abrigo, que apesar de ser um instrumento importante, quando a mulher corre risco iminente de morte, acaba sendo vista como um cárcere para as mulheres, que muitas vezes, precisam sair de suas casas, de suas cidades, do seu convívio social para viverem escondidas, como que, se estivessem cumprindo uma pena por serem as vítimas.

Deste modo, toma conta da sociedade certa insegurança ao esperar a proteção do Estado, porque os casos de assassinatos chocam toda a população, incluindo aquelas vítimas que ao ouvir estes relatos sentem-se impulsionadas a se calar e a suportar aquela situação indigna de qualquer ser humano. Assim, é preciso avançar ainda mais em políticas públicas que visem coibir e prevenir este tipo de violência.

Segundo dados do Ministério da Saúde, o Brasil teve um acréscimo no registro de assassinatos de mulheres mesmo depois da Lei Maria da Penha. Os últimos números nacionais datam de 2010 e dão conta de 4.465 mortes naquele ano. Em 2007, ano subsequente ao da sanção da nova legislação, por exemplo, foram 3.772. O número coloca o País na 7ª posição no ranking mundial do número de assassinatos de mulheres, segundo pesquisa do Instituto Sangari. Mesmo assim, estudiosos do tema atentam para o cuidado ao analisar as estatísticas<sup>14</sup>.

A Lei Maria da Penha trouxe um avanço, porém ainda é preciso subir alguns degraus rumo ao respeito e a dignidade humana das mulheres que não podem continuar correndo o maior risco dentro dos seus lares, do que, até mesmo nas ruas com pessoas desconhecidas, não que isto justifique violência, mas violência no lar é algo que assusta a população brasileira por seus altos índices, que deveria se lugar de confiança e respeito torna-se palco de brutalidade.

Quanto à Espanha, no que concerne a violência contra a mulher, os resultados no combate a violência e a aplicação da Lei Integral são muito satisfatórios, visto que

---

<sup>13</sup> União Nacional por Moradia Popular. *Ainda desafios da Lei Maria da Penha*[online]. [http://www.unmp.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=471:ainda-desafios-da-lei-maria-da-penha&catid=36:noticias&Itemid=61](http://www.unmp.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=471:ainda-desafios-da-lei-maria-da-penha&catid=36:noticias&Itemid=61) [27 de agosto de 2016].

<sup>14</sup> Associação do Ministério Público de Minas Gerais. *Lei Maria da Penha trouxe avanços, mas ainda é um desafio para o Brasil*. 2013 [online]. <http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100383571/lei-maria-da-penha-trouxe-avanços-para-o-brasil> [27 de agosto de 2016].

este problema é notadamente relevante, principalmente pela mídia, que busca sensibilizar toda a sociedade com a divulgação dos casos.

A Espanha, portanto, é considerada um dos países que possui os menores índices de agressões contra as mulheres<sup>15</sup>. Porém, não restam dúvidas que neste país também, existe muito o que se aprimorar, pois este problema ainda não foi, em sua totalidade erradicado, tendo em vista que apesar dos baixos números de ocorrências, muitas mulheres podem não denunciar seus agressores por inúmeros motivos.

Mesmo o estado espanhol sendo considerado um país desenvolvido, a constante presença de estereótipos na sociedade, acaba por dificultar muitas ações tomadas em favor da prevenção e erradicação da violência. Ter uma visão de feminino como mais frágil e vulnerável ao homem, quanto à força física, que por isso, “pode impor” certo poder de violência, o que não é justificável e por isso, precisa ser combatida pelo estado.

A norma brasileira é composta por 46 artigos, organizados 07 (sete) títulos, sendo 03 (três) deles divididos em capítulos.

O primeiro título apresenta as disposições preliminares da norma, que define a aplicabilidade da norma a todas as mulheres indiscriminadamente, como preconiza a responsabilidade do poder público, da família e da sociedade na criação de políticas e de condições para o cumprimento da lei. O segundo título define violência doméstica e familiar contra a mulher e apresenta os tipos de violência que vítimas podem sofrer. O terceiro título descreve a política de assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, estimulando ações preventivas que ocorram a partir de um articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, além disso, neste título são descritas as normas de atuação da autoridade policial, quando atender casos deste tipo de violência e a prioridade no atendimento a alguns serviços públicos que a vítima terá. O quarto título detalha os procedimentos processuais neste tipo de crime, enfocamos a possibilidade de aplicação de medidas protetivas de urgência, que permitam uma celeridade na proteção da vítima. O quinto título prevê ainda a necessidade da ofendida ser assistida por uma equipe multidisciplinar Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Por fim, o sexto e o sétimo títulos as disposições transitórias e finais da lei.

---

<sup>15</sup> Instituto Humanitas Unisinos. *Um terço das mulheres europeias sofre com a violência de gênero*. 06 de Março de 2014 [online]. <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/528895-um-terco-das-mulheres-europeias-sofre-com-a-violencia-de-genero> [31 de agosto de 2016].

A lei espanhola possui 71 artigos, organizados em 05 (cinco) títulos, dos quais 03 (três) subdividem-se em capítulos. O texto inicia com um título preliminar que descreve o objeto da lei e os princípios orientadores. Os demais 04 (quatro) títulos apresentam a estrutura normativa do texto legislativo. O primeiro título descreve medidas de sensibilização, prevenção e detecção para violência, prevendo ações específicas inclusive para o sistema educativo capacitando professores e orientando alunos sobre a violência contra mulher, além de debater o papel da mídia e dos sistemas de saúde. O segundo título discorre sobre os direitos das mulheres vítimas de violência de gênero e o terceiro título detalha a tutela institucional que deve ser prestada para essas vítimas. Por fim, o quarto título aborda especificamente a tutela penal. A lei espanhola apresenta ainda 20 disposições adicionais, duas disposições transitórias, uma derogatória e sete disposições finais.

Comparando as duas normas, observamos que a lei brasileira utiliza a nomenclatura violência doméstica e familiar, já a espanhola usa violência de gênero, o que representativo, porque o enfoque é dado no modelo social em que desigualdade entre os sexos, impondo às mulheres um papel de submissão. Podemos destacar ainda que no Brasil o texto legal foca apenas no atendimento policial e jurídico às vítimas deste tipo de delito, enquanto que na Espanha há um detalhamento de ações preventivas mais pormenorizado.

### **Considerações finais**

A violência doméstica contra a mulher atinge vários níveis sociais, culturais e étnicos, sendo assim, um problema mundial que deve possuir um olhar atento do Estado, para coibir e prevenir estes atos que desrespeitam a pessoa humana. Assim, falar da Lei nº 11.340/2006 no Brasil e falar sobre a Lei Orgânica 01/2004 do Estado Espanhol é perceber uma resposta estatal, visando à garantia da liberdade da mulher como sujeito de direitos, igualando-a no âmbito jurídico e legislativo, sem fazer distinções ou hierarquia entre homem e mulher.

A nação espanhola possui a segunda melhor lei sobre este tipo de violência, dando ênfase a uma prevenção para pessoas que sofrem este tipo de lesão dentro dos seus lares, como podemos citar ações educativas, sanitárias, publicitárias e sociais, para que a vítima possa se sentir livre e não oprimida a permanecer no âmbito da violência. Toda a sociedade como o próprio Estado espanhol, tem dado bastante atenção a este tipo de violência, possuindo juizados especiais e legislação com uma visão ampla.

A Lei Maria da Penha, posicionando-se em terceiro lugar referente às melhores Leis sobre a violência doméstica, trouxe inovações, quando se trata de políticas públicas que amparam as mulheres após a denúncia.

Como os recursos financeiros são escassos, tem-se priorizado o trabalho com vítimas. Entretanto, trabalhando-se apenas uma das partes da relação violenta, não se redefine a relação, seja ela marital, filial ou a que envolve outras personagens. Há, pois, que investir na mudança não só das mulheres, mas também dos homens<sup>16</sup>.

Por conseguinte, é preciso avançar mais, pois após serem registrados os crimes, as mulheres se sentem vulneráveis pela falta do Estado no cumprimento das medidas já existentes e pela falta de implementação de novas medidas públicas frente à realidade do país.

A partir das questões versadas neste estudo, esperamos estimular mais desenvolvimentos de políticas, sensibilização e mobilização da população para a provocação de medidas eficazes, aprimoramento legislativo e/ou reformulação de estratégias contra a violência de gênero e a violência doméstica contra a mulher.

### Referências Bibliográficas

- Associação do Ministério Público de Minas Gerais. *Lei Maria da Penha trouxe avanços, mas ainda é um desafio para o Brasil*. 2013 [online]. <http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100383571/lei-maria-da-penha-trouxe-avanços-para-o-brasil> [27 de agosto de 2016].
- Brasil. *Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006* [online]. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm) [18 de agosto de 2016].
- Dias, Maria Berenice. “A Lei Maria da Penha na justiça”. 3.<sup>a</sup> ed. *São Paulo: Revista, atualizada e ampliada*, 2012.
- Espanha, Ministerio de la presidencia. *Ley Orgánica 01 Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 28 de diciembre de 2004 [online]. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760> [18 de agosto de 2016].

---

<sup>16</sup> Saffioti, [Heleieth Iara Bongiovani. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero](http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf) [online]. 2001. <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf> [12 de janeiro de 2017], p.122.

- GOMES, Thais Maciel. Espanha – A violência de gênero em números. *Brasileiras pelo Mundo*, 20 de julho de 2016 [online]. <http://www.brasileiraspelomundo.com/espanha-a-violencia-de-genero-em-numeros-031835512> [18 de agosto de 2016].
- Governo do Estado de Pernambuco/Secretaria da Mulher. *Das lutas à lei: uma contribuição das mulheres à erradicação da violência*. s. l. Recife, 2011.
- Instituto Humanitas Unisinos. *Um terço das mulheres europeias sofre com a violência de gênero*. 06 de Março de 2014 [online]. <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/528895-um-terco-das-mulheres-europeias-sofre-com-a-violencia-de-genero> [31 de agosto de 2016].
- Júnior, Moacir Henrique; Almeida, Emerson Gervásio de; Gouveia, Rogério Gonçalves Lacerda de. *Ensaio jurídico acerca da lei federal brasileira nº 11.340/2006 (lei Maria Da Penha) em comparação com lei orgânica espanhola nº 1/2004*, 10 de junho de 2013 [online]. <http://www.diritto.it/docs/35131-ensaio-jur-dico-acerca-da-lei-federal-brasileira-n-11-340-2006-lei-maria-da-penha-em-compara-o-com-lei-org-nica-espanhola-n-1-2004> [20 de agosto de 2016].
- Lee-Meddi, Jeocaz. As sufragistas - a mulher e o direito ao voto. *Virtuália - O Manifesto Digital*. 25 de fevereiro de 2010 [online]. <http://virtualiaomanifesto.blogspot.com.br/2010/02/as-sufragistas-mulher-e-o-direito-ao.html?m=1> [26 de agosto de 2016].
- Observatório Lei Maria da Penha. *Aspectos fundamentais da Lei* [online]. [http://www.observe.ufba.br/lei\\_aspectos](http://www.observe.ufba.br/lei_aspectos) [25 de agosto de 2016].
- Saffioti, Heleieth Iara Bongiovani. *Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero* [online]. 2001. <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf> [26 de agosto de 2016].
- Santos, Cecília MacDowell; Izumino, Wânia Pasinato. 2005. *Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero: notas sobre Estudos Feministas no Brasil* [online]. <http://www.nevusp.org/downloads/down083.pdf> [26 de agosto de 2016].
- União Nacional por Moradia Popular. *Ainda desafios da Lei Maria da Penha*[online]. [http://www.unmp.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=471:ainda-desafios-da-lei-maria-da-penha&catid=36:noticias&Itemid=61](http://www.unmp.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=471:ainda-desafios-da-lei-maria-da-penha&catid=36:noticias&Itemid=61) [27 de agosto de 2016].



# JUSTICIA Y RESPONSABILIDAD EN EL DISPOSITIVO CHILENO DE PROTECCIÓN A LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA: PUESTA EN JAQUE DEL DERECHO DE IGUALDAD\*

## JUSTICE AND RESPONSIBILITY IN THE CHILEAN PROTECTION SYSTEM FOR BATTERED WOMEN: THE RIGHT OF EQUALITY BEING CHALLENGED

Gloria Cáceres Julio

**Resumen:** A partir de resultados parciales de una investigación en curso, que busca problematizar el dispositivo chileno de protección a mujeres que viven violencia en relaciones de pareja y su implicación en los procesos socio-estructurales que reproducen la opresión. Se propone una discusión, en la relación justicia y responsabilidad, a partir del modelo de la responsabilidad como conexión social<sup>1</sup>; respecto al derecho a la igualdad y las formas en que el Estado responde para proteger a las mujeres consideradas en riesgo. En específico, se analizan las trayectorias de vida de mujeres que habitaron Casas de Acogida, las normativas técnicas y el discurso de actores vinculados al dispositivo; inscribiéndolos en una mirada histórica y contextualizada de las condiciones de emergencia de la política y su dinámica, en distintos periodos de gobierno que, en contexto de “neoliberalismo corregido y un progresismo limitado”<sup>2</sup>, dan forma a respuestas de las instituciones y sus agentes, donde se entrecruzan relaciones sociales de género y de clase. Se advierte, que la experiencia de estar en Casa de Acogida, sitúa a las mujeres en condición de dependencia; la que se agudiza con la salida de este espacio, en tanto quedan en condiciones que las llevan, paradójicamente, a vivir otras formas de violencia como medio de sobrevivencia. Se analizan así, las contradicciones presentes en la forma de respuesta del Estado al asumir la obligación de diligencia debida de protección a las víctimas, y la (re)producción de la injusticia estructural, a partir de las dinámicas en que interactúan instituciones, agentes del estado y otros actores, incluidas las mismas mujeres víctimas.

**Palabras Clave:** Violencia de género, Casa de acogida, Justicia, Responsabilidad política.

**Abstract:** Given the partial results of an ongoing research, which tries to problematize the Chilean protection system for battered women and its implications in the socio-structural processes that reproduce the oppression, a discussion about justice and responsibility is proposed based on the model of responsibility as a social connexion<sup>3</sup> with regard to the right of equality and the ways in which the state responds in order to protect women considered to be at risk. It is analyzed, specifically, the life trajectories of women who have lived in shelters, the technical normative and the discourse of the actors involved in the system, situating them under a historical and contextualized view of the emergent political conditions and its dynamics along different presidential periods which, in the context of “corrected neoliberalism and limited progressivism”<sup>4</sup>, shape the institutions and its agents’ responses where social relations of gender and class intertwine. It is noticed that the experience of staying in a battered women’s shelter conditions women to be dependent, situation that

---

\* La investigación presentada en este artículo es parte del proceso de tesis para optar al grado de doctor en el Programa de Doctorado en Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, España.

<sup>1</sup> Young, Iris, M. *Responsabilidad por la Justicia*. Trad. Cristina Mimiaga y Roc Filella. Madrid: Morata, 2011.

<sup>2</sup> Garretón, Manuel M. *Neoliberalismo corregido y progresismo limitado*. Santiago: Arcis-CLACSO, 2011.

<sup>3</sup> Young, Iris, M. *Responsabilidad...*

<sup>4</sup> Garretón, Manuel M. *Neoliberalismo corregido...*

increases at the time of departure as they are, paradoxically, left in conditions which lead them to experience other forms of violence as a way of survival. In this way are analyzed the contradictions found in the way the State responds assuming the obligation of diligence proper to victims protection and the (re)production of structural injustice from the interaction of institutions, state agents and other actors, including battered women themselves.

**Keywords:** Gender violence, Battered women's shelter, Justice, Political responsibility.

## 1. Introducción

La violencia contra las mujeres, ha sido reconocida a nivel internacional como una violación a los derechos humanos; la suscripción de tratados y convenciones internacionales, lleva a los estados implementar acciones para hacerle frente y asumir su obligación de diligencia debida; con medida para la protección o resguardo de las mujeres que se encuentran en situación de riesgo grave o vital, entre ellas figuran las casas de acogida o refugios para mujeres afectadas por violencia en relaciones de pareja. En Chile las Casas de Acogida, desde el Estado, se instalan a partir del año 2007 y se entienden como dispositivos de protección y atención, donde, si es necesario, las mujeres pueden ingresar con sus hijos e hijas.

La literatura plantea, por una parte, la validez de estos dispositivos en el proceso de las mujeres para cortar con las relaciones abusivas<sup>5</sup>, y la necesidad de su existencia para aquellas mujeres que no cuentan con redes cercanas que les permitan escapar de la violencia<sup>6</sup>. Por otra, hay investigaciones que señalan que en ellos se actualizan y legitiman concepciones tradicionales respecto de la feminidad<sup>7</sup>, que están a la base de la violencia de género; se identifican dinámicas de control, poder y resistencia que afianzan la dependencia patriarcal<sup>8</sup>.

Proponemos problematizar estos dispositivos de protección, para preguntarnos respecto de las dinámicas en que actores e instituciones participan de procesos socioestructurales que (re) producen la opresión las mujeres. Siguiendo a Young<sup>9</sup> reconocemos que la acción de sujetos e instituciones muchas veces actuando bajo normas

---

<sup>5</sup> Ben-porat, Anat & Itzhaky, Haya. "Factors that influence life satisfaction among battered women in shelters: those who stayed versus those who leave". (report). *Jurnal of Family violence*, 23(7), 2014, pp. 597-604.

<sup>6</sup> Guernika Consultores. *Análisis de los niveles de ocupación en casas de acogida SERNAM*. Santiago, Chile: Departamento de Estudios y Capacitación SERNAM, 2014.

<sup>7</sup> VanNatta, Michelle. "Power and control: Changing structures of batterd women's shelters". *International Journal of Interdisciplinary social sciences*, 5, 2, 2010, pp.149-161.

<sup>8</sup> Gengler, Amanda M. "Defying (dis) empowerment in a battered women's shelter: Moral rhetorics, intersectionality, and processes of control and resistance". *Social problems*, 59,4, 2012, pp. 501-521.

<sup>9</sup> Young, Iris, M. *Responsabilidad...*

aceptadas socialmente, participan en la reproducción de la injusticia estructural. Así hay que considerar el dispositivo como parte de relaciones sociales que se articulan en y a partir de un sistema más amplio. En efecto, no es posible captar la complejidad del fenómeno si la Casa de Acogida se presenta aislada de acciones y decisiones de una serie de instituciones, con las cuales esta produce relaciones que actuarán posibilitando o bien restringiendo las capacidades y decisiones de las mujeres que pasan por ellas. Asimismo, es necesario considerar los contextos socio-históricos específicos en que se despliegan las políticas y las prácticas de los diversos actores.

Para abordar lo planteado, en primer lugar revisaremos la trayectoria de la política pública en el país, dando cuenta de los contextos, así como de continuidades y quiebres. Luego centraremos el foco en el funcionamiento del dispositivo de protección, desde la experiencia de mujeres que habitaron casas de acogida y el discurso de profesionales vinculadas a éste. Por último, proponemos una discusión respecto de la relación justicia y responsabilidad desde Iris Marion Young, y su modelo de la responsabilidad como conexión social, apreciando la respuesta del Estado y sus agentes a la protección de las mujeres víctimas de violencia.

## **2. La violencia Contra las Mujeres en la Política Pública chilena**

A comienzos de los años 90, Chile vuelve a contar con gobiernos democráticamente elegidos, luego de 17 años de dictadura. El término de la dictadura, se gestó en proceso en el que participaron tanto partidos políticos como movimientos sociales; sin embargo, la negociaciones que mediaron entre el Plebiscito de 1988 y la asunción del primer Gobierno democrático a inicios de 1990, fueron encabezadas desde la oposición por una Coalición de partidos de centr-izquierda (Concertación de Partidos por la Democracia), que no incorporó a algunos partidos de izquierda, ni tampoco a los movimientos sociales. Ello se tradujo en lo que se ha dado en llamar transición pactada, proceso realizado entre elites, que consistió en la mantención de los lineamientos centrales del modelo económico e institucional, y en acuerdos de cómo abordar las situaciones de violación a los derechos humanos. Se instaló la “democracia de los acuerdos” e imperó la ideología de la reconciliación. En virtud del activo rol del movimiento feminista y de mujeres en la lucha contra la dictadura para la recuperación de la democracia, y de la participación de algunas de las mujeres del movimiento en los partidos políticos de la Concertación, se logra incorporar en el programa de gobierno de la coalición algunas reivindicaciones de las

mujeres, entre ellas una institucionalidad estatal a cargo del tema de género y la violencia contra las mujeres; dejando fuera de la agenda, temas controvertidos como los derechos sexuales y reproductivos. El contexto socio-político, del primer gobierno de la Concertación, está marcado en el plano económico por la toma de medidas que, aunque tenues, buscan regular algunos aspectos del mercado; al mismo tiempo el Estado comienza a tener mayor presencia respecto del resguardo de derechos sociales de la población más desfavorecida; pero manteniendo el rol subsidiario, que instaló el régimen burocrático-autoritario de Pinochet. En el plano de la discusión política, el tema de las violaciones a los Derechos Humanos se zanja a través de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, que si bien aportó al reconocimiento de detenidos desaparecidos y ejecutados políticos como crímenes perpetrados por el Estado, no respondió a los reclamos de justicia de los familiares de las víctimas y de organizaciones de la sociedad civil. En este marco de concesiones y silencios, con la política de la reconciliación<sup>10</sup> de la mano, donde el conflicto es acallado por considerarse amenazante, se gestan las primeras políticas en torno a la violencia contra las mujeres. En 1991, se crea el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), en 1992 la Comisión interministerial de violencia Intrafamiliar; después de largos debates en el parlamento, se promulga en 1994 la Ley 16.325 de Violencia Intrafamiliar. Este marco jurídico se transforma de manera importante en la tramitación parlamentaria, bajo las presiones de la Iglesia Católica, los partidos de derecha y algunos integrantes de la coalición gobernante, que ven amenazada la familia y el orden social; en la discusión se enfrentan tres marcos interpretativos respecto de la violencia contra las mujeres, a saber, el de la discriminación, el de los derechos humanos y el de la familia<sup>11</sup>, siendo este último, el que prima; se impone la lógica de la reconciliación para dar forma al cuerpo legal definitivo, se transforma el nombre y contenido de la ley e impone la figura de la mediación para el acuerdo, buscando preservar la familia<sup>12</sup>. El SERNAM implementa programas de prevención de violencia y atención ambulatoria a las mujeres víctimas; en sus primeros años de existencia, mantiene una relación directa con ONG y organizaciones sociales vinculadas al trabajo en violencia contra las mujeres, articuladas en la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual; trabaja en la promoción de los derechos de las

---

<sup>10</sup> Hiner, Hillary & Azocar, María José. "Irreconcilable Differences Political culture and Gender violence during the Chilean transition to Democracy". *Latin American Perspectives*, 42, 3, 2015, pp.52-72.

<sup>11</sup> Araujo, Kathya.; Guzmán, Virginia. y Mauro, Amalia. "El surgimiento de la violencia como problema público y objeto de políticas". *Revista de la Cepal*, 70, 2000, pp. 133-145.

<sup>12</sup> Hiner, Hillary & Azocar, María José. "Irreconcilable Differences..."

mujeres, a través de un programa financiado por la cooperación internacional, dados los escasos recursos del organismo, producto de las restricciones impuestas para su creación en el debate legislativo sobre la Ley que le dio origen. En el segundo gobierno de la Concertación (1994-2004), se implementa el primer Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades para las mujeres, coordinado por SERNAM, compromete metas de distintas reparticiones del estado. Chile ratifica la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujer. El gobierno, deja de lado la democratización poniendo el eje en el crecimiento económico, al tiempo que privilegia “la conducción de Hacienda desde el Estado y al actor empresarial desde la sociedad”<sup>13</sup>.

En el tercer gobierno de la Concertación (2004-2006), cuyo presidente pertenece a partidos del sector de izquierda en la coalición, se manteniéndose al interior de la coalición una hegemonía que sostiene la continuidad del modelo en lo económico con algunas regulaciones, y modificaciones menores a la institucionalidad política, sin romper los enclaves autoritarios. En 2004 nacen los Tribunales de Familia, posibilitando que las causas por violencia intrafamiliar, salgan de los tribunales ordinarios. Se crea el Consejo de Ministros por la Igualdad de Oportunidades y se incorpora en el Programa de Mejoramiento de la Gestión el componente de equidad de género, apuntando a transversalizar el enfoque de género en el Estado. Se instalan a lo largo del país los Centros de Mujer, destinados a brindar apoyo, social, psicológico y jurídico a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. En 2005 el Congreso aprueba la nueva Ley de Violencia Intrafamiliar, que reconoce esta violencia como delito, establece el delito de maltrato habitual, mandata al SERNAM la elaboración de Planes Nacionales para prevenir la violencia y establece la obligación de protección de las víctimas por parte del Estado. Se producen transformaciones culturales en la sociedad; la acción del gobierno profundiza el sistema económico neoliberal<sup>14</sup> y se consolida el poder de la derecha y del mundo empresarial<sup>15</sup>.

El cuarto gobierno de la Concertación, encabezado por la primera mujer presidenta, la socialista Michelle Bachelet, crea las Casas de Acogida; plantea una Agenda de Género, y su gabinete ministerial inicial es paritario. Hacia fines del Gobierno se elabora, con amplia participación de diferentes sectores del estado y la sociedad civil<sup>16</sup>, el

<sup>13</sup> Garretón, Manuel M. *Neoliberalismo corregido...*, p. 125.

<sup>14</sup> Fazio, Hugo. *Lagos: el presidente “progresista” de la Concertación*. Santiago: LOM, 2006.

<sup>15</sup> Garretón, Manuel M. *Neoliberalismo corregido...*

<sup>16</sup> Valdés, Teresa. “El SERNAM y las políticas de igualdad a la deriva” [en línea]. *Observatorio de Género*, 5 de enero de 2011. <<http://www.observatoriogeneroyequidad.cl/index.php>> [30 agosto 2016].

Plan de Igualdad de Oportunidades para el siguiente decenio. El gobierno con un foco central en la protección social<sup>17</sup>, impulsa una reforma en el sistema previsional; que si bien mejora, algunos aspectos del sistema, no constituye una reforma estructural. Se producen importantes movilizaciones sociales, particularmente desde el movimiento estudiantil secundario, que rompen la idea del inmovilismo de la acción colectiva de la sociedad civil, instalada tras el retorno a la democracia.

En el año 2010 asume el gobierno una coalición de derecha, que mantiene el programa casas de acogida y crea los centros de atención a hombres que ejercen violencia, al tiempo que no aumenta el presupuesto para prevención de violencia y atención a víctimas<sup>18</sup>. Se promulga la ley de femicidio, originada en moción parlamentaria el año 2007. El gobierno da un giro a las políticas de SERNAM, en los diferentes programas, incluidos los referidos a la violencia contra las mujeres, el foco es el fortalecimiento de la familia. Contrariamente a este giro tradicionalista, se producen movilizaciones sociales en torno a diferentes ámbitos (medio ambiente, diversidad sexual, cambio constitucional, reforma educacional), como expresión de una ciudadanía que demanda cambios en las esferas social, cultural y política.

Actualmente, nos encontramos en un nuevo gobierno de Michelle Bachelet, quien ha planteado una agenda de género que contempla como prioritario enfrentar la violencia contra las mujeres. Se ha creado el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, y se ha comenzado a aumentar el número de Casas de Acogida. Ha impulsado medidas respecto de los Derechos sexuales y reproductivo, incluyendo un proyecto ley de despenalización del aborto en tres causales. En su programa de gobierno, planteaba importantes reformas estructurales, que en la negociación política no han podido concretarse. Se vive un proceso de creciente politización de la sociedad, con la presencia de actores sociales colectivos que buscan cambios estructurales, a la vez que exigen participar de la toma de decisiones.

### **3. El dispositivo de protección y la experiencia de quienes habitaron casas de acogida**

En la revisión de las normativas técnicas referidas al dispositivo Casa de Acogida (CA), de los distintos periodos de gobierno, podemos dar cuenta de continuidades a la vez que algunos cambios que se operan en las mismas. Algunas de ellas las leeremos aquí,

---

<sup>17</sup> Garretón, Manuel M. *Neoliberalismo corregido...*

<sup>18</sup> Valdés, Teresa. "El SERNAM y las políticas..."

articuladas con lo que se manifiesta en las trayectorias de vida de mujeres que habitaron Casas de Acogida y el profesionales vinculadas al dispositivo<sup>19</sup>.

Las Casas de Acogida como dispositivo de protección, buscan fundamentalmente evitar el femicidio; a ellas ingresan mujeres en riesgo, que de acuerdo al marco normativo, a partir de una decisión voluntaria. En este sentido, resulta importante considerar los marcos y las condiciones límite en que esta decisión es tomada. Al respecto, apreciamos que esta decisión se constituye para algunas mujeres como la única alternativa posible, no sólo por la carencia o posibilidad de acceso inmediato a redes familiares, sino también por otras razones. En efecto, distinguimos dos cuestiones relevantes que condicionan la decisión de ingreso. Por una parte, encontramos lo que podríamos llamar la ineficacia de otras medidas de protección ofrecidas por los organismos encargados de la protección, donde la decisión se adopta al considerar que las otras alternativas no son una verdadera respuesta, donde el dilema es entre la vida y la muerte:

Llego al SERNAM, y les cuento lo que había pasado. ‘¿por qué te mandaron?’, ya le di los motivos nuevamente, todo. Me queda mirando la asistente social, psicóloga, no sé quién era ella, y me dijo, ‘mira para estos casos lo único que te dan es un celular y una chicharra’ y yo la miro, y le digo ‘eso no me sirve, eso no me sirve porque yo, te lo juro que por un pelo él no me mató, por un pelo. Entonces imagínate, pesco el celular, él me lo quita, pesco la chicharra y en tres segundos yo estoy toa muerta, a mí no me sirve.

Por otra parte, la decisión aparece como la respuesta frente a la amenaza quitarles a los hijos o hijas, aquí se debate en el cumplimiento/incumplimiento de un imperativo que para gran parte de las mujeres las constituye en tanto tales: la maternidad: “todavía me recuerdo me dicen que ‘esto no es que tú quieras o no, si tú no vas se le otorga protección a tu menor y a él sí lo vamos a tener que sacar’ ”. Esta forma de proceder es utilizada por profesionales de distintas instituciones a las que acuden las mujeres, y también, cuando las causas son vistas en los tribunales de familia, que deciden el ingreso de mujeres a casas de acogida como una medida de protección para sus hijos o hijas, en este sentido se puede leer como una sentencia condenatoria o medida de castigo para las mujeres. Al respecto, cabe señalar que inicialmente el ingreso a las Casas de Acogida era solamente por vía fiscalía o

---

<sup>19</sup> Se ha utilizado el relato de vida para la construcción de las trayectorias; el análisis documental en la revisión del marco normativo del dispositivo y el análisis de contenido para las entrevistas a profesionales. Bertaux, Daniel. “El enfoque biográfico: su validez metodológica, sus potencialidades”. *Proposiciones*, 29, 1999, pp. 52-74.

directamente desde SERNAM, es durante el gobierno de Sebastián Piñera que se incorpora a los tribunales de Familia como entes derivadores directos; y sólo a partir del año 2015, se prohíbe el ingreso de mujeres si la resolución de tribunales de familia se debe a la protección de los hijos e hijas. Vinculado a lo anterior, podemos referir otro aspecto que se relaciona con el *quién* de la protección; en tanto apreciamos en los relatos de las mujeres, que las culparla por la situación en que se encuentran ya que ponen en riesgo a sus hijos: “porque me acuerdo que la carabinera me decía ‘pero cálmate, y quién te pegó’ y yo le digo ‘mi pareja’, y dónde’ y le muestro yo así la cara y me dice ‘ya, a constatar lesiones’ y la doctora me reta ‘cómo se te ocurre exponer a tu niño así, eso no se hace, como pelean’”. Profesionales que trabajan en estas casas consideran que muchas veces los tribunales actúan en función de que las mujeres sean “buenas madres” y ven a la CA como instancia de habilitación en capacidades parentales. Así, no son necesariamente las mujeres las que constituyen la prioridad para los y las funcionarias, aunque sean ellas las que acudan para demandar protección.

Otro punto importante de considerar, es lo que refiere a la concepción misma del dispositivo como casa; ya que, si bien, es definido como simultáneamente como dispositivo de protección y atención, lo que lo ubica en términos de intervención social, opera en términos simbólicos la idea de familia y el orden doméstico tradicional. En efecto, para varias de las mujeres entrevistadas la CA es significada como una familia, por las relaciones establecidas en su interior y el afecto que dicen encontrar en ese lugar. Incluso se producen ciertas identificaciones donde las formas de parentesco son trasladadas para señalar a quienes se encuentran en la casa o bien al tipo de relación que se establece, ya sea respecto de otras mujeres, los niños y niñas o las integrantes del equipo técnico-profesional. Junto a lo anterior, al relatar actividades realizadas al interior de la CA, las mujeres refieren los quehaceres domésticos, en algunos casos desde lo que denominan como su deber: “cuando estaba en la casa, bueno, los deberes, cuando me tocaba, no sé po, cocinar, la once, ehmm...hacía mi aseo de mi cuarto”. Apreciamos entonces, cómo se articula una relación entre la idea de familia y la domesticidad. Ambos aspectos que circunscriben a las mujeres al espacio de lo denominado privado, que se concreta en la materialidad casa. En este caso se pasa de la casa en que se vivía a la casa de acogida, arrastrando desde el imaginario una serie de asociaciones que se retraducen en relaciones y actividades. Así al recordar la estadía en la CA, las mujeres evocan en este espacio aquello, que de acuerdo con

Lagarde<sup>20</sup>, las vincula al cautiverio de la madrespasa. Junto con ello, es importante señalar, que las mujeres al referir la forma familia, aluden al afecto e intimidad de la relación; recuperan la construcción idealizada de la familia como espacio amoroso, la misma que oculta sus jerarquías y violencias. Por otra parte, la alusión al deber entraña una forma de concebir aquello que conforma el ejercicio de las tareas domésticas para las mujeres; es decir: un mandato. Así, la CA reactualiza la naturalización del mandato doméstico femenino; se naturalizan los mandatos de género en términos de las tareas asignadas a las mujeres, se las reinstalan en lo privado y reproduciendo relaciones de jerarquía y dependencia. Esta idea de deber y ordenamiento doméstico familiar, aparece también asociada a las reglamentaciones que operan al interior de la CA, vinculadas entre otras cosas a las posibilidades de las mujeres de realizar otras actividades: “habían reglas en la casa po’ por ejemplo si uno no hacia su aseo no tenía permiso para salir”. Aparece así, un imperativo respecto del orden doméstico; que organiza tanto los tiempos como lo que las mujeres pueden o no hacer. En este sentido, podemos decir que el tradicional espacio de lo doméstico se constituye en orden, donde las mujeres se ven envueltas en el tiempo cíclico de los quehacer cotidianos. Por otra parte, la idea de permiso lleva implícita el reconocimiento de un alguien que lo otorga y por tanto, del tipo de relación que se establece; esta idea del permiso para salir, replica una forma familiar padre-hijos/as madre-hijo/a, en donde se contiene la relación adulto-niño. Así, no sólo opera el carácter jerárquico familiar de la relación, sino también la infantilización de las mujeres. Sujeto que no se autoriza sino que sólo puede ser autorizado.

Asimismo, las reglas que operan al interior de la CA, se constituyen también para las mujeres en la materialización simbólica del encierro, a través de la figura de la cárcel: “era casi una cárcel en la casa de acogida, andábamos como si fuéramos casi el SENAME, había como regla para todo y a mí me molestaba, me choqueaba”. Aquí la referencia a una institución social como la cárcel, es asociada a una institución particular: SENAME<sup>21</sup>. Así, la imagen de la cárcel no sólo simboliza el encierro, sino también la condición de minoridad de las mujeres. Visualizamos, aquí, una tensión entre aquello que se plantea en los discursos institucionales, traducidos en la Orientaciones Técnicas para las CA, respecto

<sup>20</sup> Lagarde, Marcela. *Los cautiverios de las Mujeres: madrespasas, putas, monjas, presas y locas*. Madrid: Horas y Horas, 2011.

<sup>21</sup> El SENAME, Servicio Nacional de Menores, dependiente del Ministerio de Justicia, es el organismo encargado en Chile de la política de infancia y juventud. Dentro de los programas que administra se cuentan los Centros Residenciales de protección. Este servicio también administra Centros de Privación de Libertad, destinados a niños/as mayores de 14 años a quienes se ha aplicado una sanción penal.

de potenciar el empoderamiento y la autonomía de las mujeres, y el control ejercido respecto de las mismas al interior de estos espacios. Articulando estos elementos es que podemos referir la idea de una “autonomía protegida”; es decir, se puede tener en la medida que es autorizada por los otros, al mismo tiempo se la mantiene cautelada; su ejercicio, limitado, dependerá de ser merecedora de la misma. No obstante, las mujeres también significan la CA como un espacio de liberación: “me liberaron po’, me hicieron una mujer libre, y eso es bueno, es muy bueno”. Sin embargo, no deja de ser problemática la formulación respecto de la forma en que esta libertad llega a ser posible; en tanto, pareciera que es otorgada desde afuera. Así, la libertad se aprecia como estado adquirido, más que como acción. Sin embargo, esto podría significar, al mismo tiempo, un comienzo, si lo pensamos como posibilidad para empezar a autorizarse.

Junto a lo anterior, las mujeres valoran los espacios colectivos que se generan al interior del dispositivo; especialmente aquellos que se producen entre ellas de forma autónoma a la intervención del equipo técnico-profesional. Los cuales son significados como espacios de aprendizaje, a partir de la experiencia de las demás mujeres. A este respecto, resulta importante señalar, que las Orientaciones Técnicas contemplan la intervención grupal, pero dan fundamentalmente énfasis a la intervención individual; incluso en algunas de ellas lo grupal aparece como opcional. Y es precisamente la intervención individual la que las mujeres refieren haber recibido con mayor frecuencia. Las profesionales que laboran en estos dispositivos, refieren que las mujeres demandan permanentemente atención individual, y consideran una falta del equipo el que no se otorgue de forma inmediata. A diferencia de otros dispositivos de atención a los que hay que acudir, la CA contiene en un mismo espacio residencia e intervención profesional; así lo que aparece como un elemento que podría facilitar una intervención de mayor continuidad y sistematicidad, al mismo tiempo produce indistinción, demanda permanente de atención, y dependencia. Apreciamos aquí, una sincronía compleja con lo que constituye uno de los ejes centrales del Modelo de Intervención del dispositivo, a saber, la intervención en crisis, que tiene en su base la necesidad de un “yo auxiliar”, externo al sujeto, dada su incapacidad de salir del estado en que se encuentra.

Las mujeres connotan como un aprendizaje importante para ellas lo que refiere a las formas de violencia, asociada fuertemente al conocimiento de las experiencias que comparten entre mujeres, al interior de la CA. En efecto, esto se constituye para muchas en una fuente de conocimiento que les permite interrogar la propia experiencia y comenzar a

poner límites. Por otra parte, desde esta misma relación emerge un fenómeno que les lleva a relativizar, incluso minimizar su propia vivencia de la violencia, al compararla con situaciones de mayor brutalidad; así, la experiencia propia con la violencia vivida en la pareja, que si bien se nombra como tal, pasa a ser un asunto menor al escuchar los relatos de otras mujeres; se produce, una cierta obliteración de formas en que se expresa la violencia, quitándoles entonces el contenido que las define en tanto tales. Este acto de minimización, es el mismo que a veces realizan los agentes del estado (policías, funcionarios/as judiciales), cuando las mujeres buscan denunciar la violencia de que son víctimas: “fue mi primera vez en el juzgado de familia, después pasó otro episodio y juzgado de familia, y en el juzgado de familia se archivaban no más y después se juntaban todas y se hacía una cuestión no más, pero no se hacía nada más, porque no veían violencia como se llama, lesiones graves”. Podemos decir que operaría un cierto ejercicio de ranking, que participa de la naturalización de una serie de actos de violencia. Esto se articula con la forma que en los marcos comprensivos utilizados en los organismos que abordan la violencia, ésta es explicada, descrita y desmembrada con su tipificación: física, sexual, psicológica, económica, leve, moderada, grave, gravísima. Así algunos actos de violencia son más violencia que otros; dicho de otro modo, algunos de ellos finalmente no serían violencia. Paradójicamente, al nominar la violencia en diferentes expresiones y grados, dotando de nombre para reconocerla, se produce una suerte de naturalización de la misma, creando y recreando su normalidad.

Una vez que las mujeres salen de la Casa de Acogida, enfrentan diversas dificultades derivadas tanto del haber ingresado al dispositivo, como vinculadas a condiciones socioestructurales que han atravesado su vida y que, en algunos casos, se profundizan al asumir ellas la dirección de sus vidas y romper la relación de pareja que las llevó a ingresar. Para mayor comprensión de este aspecto, es importante señalar, que las mujeres que ingresan a Casas de Acogida son en su mayoría provenientes de sectores socioeconómicos bajos, con bajo nivel de escolarización. Como bien lo plantean las profesionales está pensado para mujeres de estos sectores. Es interesante, hacer notar que las normativas técnicas del dispositivo contemplan la realización de acciones para que las mujeres puedan enfrentar en mejores condiciones la salida del dispositivo; sin embargo, aquí algo no opera. Una de las dificultades que enfrentan las mujeres al salir del dispositivo se refiere a la vivienda, que las lleva muchas veces a vivir en espacios de alta precariedad, sino quieren arriesgar volver al lugar del riesgo. En muchos casos, han tenido que abandonar

la ciudad en que viven y reinstalarse lejos de familiares, amigos y de sus anteriores fuentes de trabajo, ya que los agresores se encuentran en libertad. Al respecto es importante señalar, que las mujeres viven la situación de libertad de sus agresores con una cierta resignación: “yo al final me enteré que tuvo que ir a dormir sesenta y un días, y que tenía alrededor de dos años de orden de alejamiento, pero eso fue lo que se consiguió e igual por lo menos no quedó en nada, así que con eso me conformé”; que va acompañada con el miedo: “cuando a veces salgo en la mañana miro para todos lados y digo ‘ya Señor, acompáñame’. Porque uno nunca sabe, han pasado dos años desde que no lo he visto pero nada me dice que no lo voy a volver a ver”. Muchas veces les cuesta conseguir donde vivir, ya que dada su condición de mujeres madres sin pareja se les cierran las puertas: “me veían sola con un hijo, nadie me arrendó, de hecho una señora me preguntó ¿Y cómo me vas a pagar?, o me pedían antigüedad laboral, cosa que no tenía, porque venía de otra ciudad. Me pedían remuneraciones y no las tenía y por lo general no aceptaban a mujeres”.

Asimismo, el encontrar trabajo se torna en un desafío para la sobrevivencia, dada sus condiciones, acceden a trabajos precarios, o si son con contrato las remuneraciones es el sueldo mínimo legal. En condiciones más extremas, algunas vuelven con sus parejas, arriesgando nuevos episodios de violencia o bien morir, otras se ven obligadas a realizar trabajos que ellas mismas connotan como formas de violencia:

Trabajé en un café con piernas, ¿qué más vas a hacer? si tienes que darle de comer a tu hijo, y tení que levantar una casa, una tiene que hacer lo que sea. A mí me da vergüenza decirlo, ojalá que mi hijo nunca se entere, porque en ese trabajo uno también sufre violencia de género porque es terrible verse como objeto para ellos, pero lo tení que hacer porque no hay otra opción.

A partir de lo expuesto, podemos señalar que sus trayectorias están marcadas por la violencia que ejercen distintos actores sobre las mujeres. Así podemos referir la violencia contra las mujeres no sólo en términos de violencia directa, sino también de orden cultural, simbólico y estructural.

#### **4. Justicia y Responsabilidad**

Abordaremos la relación entre justicia y responsabilidad, a partir de los planteamientos de Iris Marion Young. Para esta autora, para hablar de justicia se torna central referirla desde lo que ella entiende como dominación y opresión; considerando en

este marco a las mujeres como un grupo oprimido<sup>22</sup>. Articulará, posteriormente estos conceptos a la idea de injusticia estructural<sup>23</sup>, donde reconocerá diferentes procesos socio-estructurales que se articulan para producir la injusticia. En este sentido, la injusticia no es causada por un solo actor o por varios actores que tienen necesariamente intención de causarla, o bien que actúan sabiendo las consecuencias de su acción; contrariamente, se nos plantea que muchas veces se participa en la re-producción de la injusticia estructural no sólo no teniendo intención de hacerlo, sino intentando remediar un daño<sup>24</sup>. Este marco nos permite, una lectura pertinente para abordar el dispositivo de protección en comentario.

Así, si lo que se busca es potenciar autonomía, pero la protección se trastoca en control; si hay expresiones de la violencia que las mismas mujeres y otros actores relativizan naturalizándolas; si las medidas judiciales son ineficaces o llevan a la paradoja de mujeres en encierro o desarraigo y agresores libres; cuando las acciones pertinentes para generar condiciones dignas para la vida después de salir de la casa de acogida, dependen de voluntades individuales más que de voluntades políticas; cuando las condiciones estructurales de vida de estas mujeres en el marco de un sistema neoliberal, agravadas por el ingreso al dispositivo, las llevan a vivir nuevas formas de violencia. Si los recursos destinados al dispositivo, son exiguos y el dispositivo es pensado para mujeres de bajos recursos socioeconómicos, reproduciendo una condición de clase. Si la forma casa, en su expresión simbólica y en sus relaciones cotidianas reactualiza los cautiverios de las mujeres, reproduciendo relaciones de poder y dependencia vital<sup>25</sup>; podemos sostener que la violencia contra las mujeres se constituye como injusticia estructural, ya que “lo que hace de la violencia un fenómeno de injusticia social y no solo una acción individual moralmente mala, es su carácter sistemático, su existencia en tanto práctica social”<sup>26</sup>.

Por otra parte, asociada a esta forma de entender la injusticia es que para Young, la responsabilidad emerge como un tema central y necesariamente vinculado a ella. La propuesta de Young<sup>27</sup>, problematiza lo que denomina el modelo de la responsabilidad como

---

<sup>22</sup> Young, Iris, M. *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Cátedra, 2000.

<sup>23</sup> Para la autora la injusticia estructural “existe cuando los procesos sociales sitúan a grandes grupos bajo la amenaza sistemática del abuso o de la privación de los medios necesarios para ejercitar y aprovechar sus capacidades, al mismo tiempo que estos procesos capacitan a otros para abusar o tener un amplio espectro de oportunidades para desarrollar y ejercitar capacidades a su alcance” Young, Iris, M. *Responsabilidad...*, p. 69.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> Lagarde, Marcela. *Los cautiverios de las Mujeres...*

<sup>26</sup> Young, Iris, M. *La justicia y la política...*, p. 107.

<sup>27</sup> Young, Iris, M. *Responsabilidad...*

obligación. En tanto entiende, que este al basarse en la identificación de un o unos culpables particulares, sean estos individuales o colectivos, permite aislar y por tanto desresponsabilizar a otros; por otra parte tiene un carácter más bien reparatorio o compensador y en este sentido, el foco puesto más en el pasado que en el futuro; por último, plantea que es necesario distinguir la obligación de la responsabilidad política; Así, el modelo de la obligación no resulta pertinente para abordar la injusticia estructural. Se requiere, entonces, una forma distinta de entender la responsabilidad, entendiéndola como conexión social. En efecto, la existencia de injusticias estructurales nos implica particularmente de dos formas; por una parte, en tanto nuestras acciones y prácticas así como las de las instituciones participan de procesos socioestructurales que las (re)producen, somos responsables de las mismas; por otra, nos llaman a la acción en términos de la dimensión política de la responsabilidad, hacernos cargo y actuar en consecuencia para transformar estos procesos.

Esta forma de entender la responsabilidad, no descarta la responsabilidad directa de las acciones de actores específicos respecto del mal infringido o de las consecuencias de sus acciones, deban entenderse en el marco de la obligación o de la culpa; pero ello no es suficiente respecto de la re-producción de procesos socio-estructurales, donde se implican las acciones de múltiples actores e instituciones, y la injusticia, a pesar del castigo, la sanción o la reparación del daño, sigue activa. Es una responsabilidad, con foco en el futuro; pero que también mira al pasado, para comprender cómo los procesos socioestructurales re-producen la injusticia. En efecto, “hay que tener en cuenta cómo han surgido y cómo han actuado en el pasado y hasta el presente, ello posibilita ver las relaciones entre determinadas acciones, prácticas y políticas por un lado y las consecuencias estructurales por otro”<sup>28</sup>.

Con el marco presentado, podemos plantear, que el dispositivo chileno de protección articulado con diferentes actores, instituciones y procesos, participa de la reproducción de la injusticia estructural, de la que son objeto las mujeres por relaciones sociales de género y de clase y en este sentido, pone en jaque el derecho de igualdad; especialmente si entendemos este derecho como “el derecho a gozar de todos los demás derechos”<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 134.

<sup>29</sup> Fazio, Hugo. *Lagos: el presidente...*, p. 28.

Frente a ello, lo que tenemos que plantearnos, reconociendo que efectivamente hay responsabilidades del Estado y sus agentes; es cómo asumimos la responsabilidad política, es decir colectiva, que nos interpela en tanto actores a modificar los procesos socio-estructural que sitúan a la mujeres como objeto de violencia y les niegan la existencia política de los iguales.

### Referencias Bibliográficas

- Araujo, Kathya.; Guzmán, Virginia. y Mauro, Amalia. “El surgimiento de la violencia como problema público y objeto de políticas”. *Revista de la Cepal*, 70, 2000, pp. 133-145.
- Ben-porat, Anat & Itzhaky, Haya. “Factors that influence life satisfaction among battered women in shelters: those who stayed versus those who leave”. (report). *Jurnal of Family violence*, 23(7), 2014, pp. 597-604.
- Bertaux, Daniel. “El enfoque biográfico: su validez metodológica, sus potencialidades”. *Proposiciones*, 29, 1999, pp. 52-74.
- Fazio, Hugo. *Lagos: el presidente “progresista” de la Concertación*. Santiago: LOM, 2006.
- Garretón, Manuel M. *Neoliberalismo corregido y progresismo limitado*. Santiago: Arcis-CLACSO, 2011.
- Gengler, Amanda M. “Defying (dis) empowerment in a battered women's shelter: Moral rhetorics, intersectionality, and processes of control and resistance”. *Social problems*, 59,4, 2012, pp. 501-521.
- Guernika Consultores. *Análisis de los niveles de ocupación en casas de acogida SERNAM*. Santiago, Chile: Departamento de Estudios y Capacitación SERNAM, 2014.
- Hiner, Hillary & Azocar, María José. “Irrecncilable Differences Political culture and Gender violence during the chilean transition on Democracy”. *Latin American Perspectives*, 42, 3, 2015, pp.52-72.
- Lagarde, Marcela. *Los cautiverios de las Mujeres: madresposas, putas, monjas, presas y locas*. Madrid: Horas y Horas, 2011.
- Valdés, Teresa. “El SERNAM y las políticas de igualdad a la deriva” [en línea]. *Observatorio de Género*, 5 de enero de 2011. <<http://www.observatoriogeneroyequidad.cl/index.php>> [30 agosto 2016].

VanNatta, Michelle. "Power and control: Changing structures of batterd women's shelters".

*International Journal of Interdisciplinary social sciences*, 5, 2, 2010, pp.149-161.

Young, Iris, M. *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Cátedra, 2000.

----- *Responsabilidad por la Justicia*. Trad. Cristina Mimiaga y Roc Filella. Madrid: Morata, 2011.

# BREVE ANÁLISIS DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS: BOSNIA, COLOMBIA E ISIS

## BRIEF ANALYSIS OF SEXUAL VIOLENCE IN ARMED CONFLICTS: BOSNIA, COLOMBIA AND ISIS

Sandra Heras Contreras

**Resumen:** En el presente trabajo se pretende revisar, desde una perspectiva histórica y de género, a través de un breve recorrido por los conflictos de Bosnia, Colombia y en los territorios dominados por el ISIS, la presencia de la violencia sexual durante los combates y después de los mismos con la intención de comprobar la efectividad de las resoluciones precedentes de los organismos institucionales, así como indagar sobre la actitud de los Estados para con las víctimas.

**Palabras clave:** género, violencia, conflicto armado, violencia sexual, derechos humanos.

**Abstract:** The purpose of the present paper is to review, from an historic and gender perspective, through the conflicts of Bosnia, Colombia and the territories dominated by ISIS, the existence of the sexual violence in the fight and after it with the intention of ascertain the effectiveness of the arrangements from the institutional organisms as well as to inquire the attitudes of the states with the victims.

**Keywords:** gender, violence, armed conflict, sexual violence, human rights.

### 1. Introducción

La violencia contra las mujeres por parte de los hombres es un hecho diario que ocurre de múltiples formas, en cualquier tipo de sociedad y con el pretexto de diversos discursos que pretenden justificarlo. La violencia sexual durante los conflictos armados es una de las formas de violencia contra las mujeres que se ha venido visibilizando desde la década de los noventa. Anteriormente permanecía prácticamente invisible<sup>1</sup>. No obstante, pese a que es en los años noventa cuando se visibiliza el problema con mayor fuerza, podemos resaltar dos hechos significativos anteriores al siglo XX: el que es considerado primer “juicio internacional”, celebrado en el siglo XV contra Peter von Hagenbach por los abusos cometidos contra la población de la ciudad de Breisach (Alemania), incluyendo las violaciones masivas que sufrieron las mujeres de la ciudad<sup>2</sup>. Siglos después, durante la Guerra de Secesión estadounidense (1861-1865), se redactó el Código Lieber (1863) para

---

<sup>1</sup> Zurita Bayona, Jorge. *Violencia contra la mujer. Marco histórico evolutivo y predicción del nivel de riesgo*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2014.

<sup>2</sup> Heller, Kevin y Simpson, Gerry. *The Hidden Histories of War Crimes Trials*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

regular el comportamiento de los soldados durante la guerra y en el cual se condena expresamente la violación sexual de las mujeres<sup>3</sup>.

Pese a que la regulación de los actos cometidos en la guerra se fue reforzando mediante el derecho internacional humanitario, a partir del Convenio de Ginebra (1864), la protección específica a las mujeres se desarrolla tras la Segunda Guerra Mundial<sup>4</sup>. Las violaciones masivas de miles de berlinesas por soldados soviéticos y las mujeres esclavizadas sexualmente (mal llamadas “*mujeres de confort*”) por parte del ejército japonés, han sido dos de los crímenes de los que más eco se han hecho las últimas revisiones históricas y que en su día no fueron juzgados por los tribunales de Nüremberg y Tokio. Posteriormente los Convenios de Ginebra (1949) y sus protocolos anexos<sup>5</sup>, establecieron el tratamiento de las mujeres de un modo ambiguo: “*las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo*”. La violencia sexual ejercida durante la guerra siguió estando presente en los conflictos posteriores: en la guerra de Vietnam (1955-1975) las mujeres sufrieron este tipo de violencia, no sólo durante los enfrentamientos, sino también debido a la falta de recursos económicos, reflejándose en un repunte altísimo de la prostitución<sup>6</sup> en ese área del sudeste asiático<sup>7</sup>.

La violencia sexual contra las mujeres es una práctica naturalizada durante los conflictos, y es parte de la estrategia de instaurar el miedo y la dominación completa sobre las mujeres. En la guerra de la ex Yugoslavia (1991-1995) y en la de Ruanda (1994) la violencia sexual como forma de genocidio ya no pudo ser obviada por la comunidad internacional: se calcula que 60.000 mujeres fueron violadas en el conflicto de los Balcanes, y entre 100.000 – 250.000 lo fueron en el conflicto ruandés<sup>8</sup>. La respuesta al genocidio y a la falta de acción por parte de la comunidad internacional fueron sendos tribunales *ad hoc*: el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (1993) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994), ambos aún en activo. Sus sentencias

---

<sup>3</sup> Méndez Silva, Ricardo y López Ortiz, Liliana. “Instrucciones para la conducción de los ejércitos de los Estados Unidos en campaña (Código de Lieber)”. En Méndez Silva, Ricardo y López Ortiz, Liliana (comp.). *Derecho de los conflictos armados. Compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, Tomo I, pp. 5-27.

<sup>4</sup> Krill, Françoise. “La protección a la mujer en los derechos internacionales humanitarios”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1985, vol. 10, 72, pp. 347-375.

<sup>5</sup> Cruz Roja Americana. “Resumen de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales” [en línea]. *Cruz Roja Americana*, 2006. <[http://www.redcross.org/images/MEDIA\\_CustomProductCatalog/m17540812\\_Resumen-de-los-Convenios-de-Ginebra-de-1949-y-sus-Protocolos-Adicionales.pdf](http://www.redcross.org/images/MEDIA_CustomProductCatalog/m17540812_Resumen-de-los-Convenios-de-Ginebra-de-1949-y-sus-Protocolos-Adicionales.pdf)> [2 agosto 2016].

<sup>6</sup> Gough, Kathleen. “The war against women. Prostitution in Vietnam”. *Manushi*, 1984, 21, pp. 29-32.

<sup>7</sup> Butler, Jennifer S., “Prostitución militarizada: La historia no contada” [en línea]. *Mora (B. Aires)*, 2009, vol.15, 2, pp. 119-141. <<http://www.scielo.org.ar/pdf/mora/v15n2/v15n2a05.pdf>> [2 agosto 2016].

<sup>8</sup> Naciones Unidas. *Las Naciones Unidas y la asistencia humanitaria. Los conflictos armados* [en línea]. Naciones Unidas. <<http://www.un.org/es/humanitarian/overview/conflict.shtml>> [2 agosto 2016].

supusieron un avance en la sanción de los crímenes de violencia sexual: la violación fue reconocida por primera vez en la historia, como delito de lesa humanidad<sup>9</sup> por el TPIY<sup>10</sup>, mientras que por el TPIR<sup>11</sup> se reconocía también por vez primera, como crimen de genocidio<sup>12</sup>. Las mencionadas sentencias de la justicia internacional instalaron la violencia sexual en el centro del debate, contribuyendo a nuevas iniciativas para la eliminación de este tipo de violencia. El Consejo de Seguridad de la ONU aprobó la Resolución 1325 (2000) para la inclusión de la perspectiva de género y de un mayor número de mujeres en las políticas de paz y resolución de conflictos, y que condena e insta al cese de la violencia sexual, y apremia a atender las necesidades más específicas que las mujeres y niñas víctimas de este tipo de violencia.

A continuación se analizan tres conflictos en los que la violencia sexual contra las mujeres se ha perpetrado de forma sistemática. Con este análisis se pretende profundizar en la comprensión de este tipo de violencia, los avances que se han realizado en visibilización y restitución a las víctimas (Bosnia, Colombia) y cuál es el actual panorama en uno de los conflictos que más repercusión está teniendo actualmente (ISIS).

## 2. Bosnia

Según MacKinnon, la violencia que sufrieron las mujeres durante la guerra yugoslava ocurrió dentro de un marco legal indolente de esta realidad y vacío de perspectiva de género<sup>13</sup>, convirtiéndose, como señala Desai, en un problema de gran escala y sistemático<sup>14</sup>.

Una compleja mezcla de factores políticos, sociales y económicos hizo que gran parte de los Balcanes viviese toda una década marcada por la guerra. El nacionalismo<sup>15</sup> se irguió como gran acicate en Bosnia, donde los nacionalistas serbobosnios y serbios buscaban eliminar toda población no serbia, con el objetivo de conformar un Estado

---

<sup>9</sup> Sentencia contra Jean-Paul Akayesu por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 2 de diciembre de 1998. <<http://www.refworld.org/publisher/ICTR,,,40278fbb4,0.html>> [3 agosto 2016].

<sup>10</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

<sup>11</sup> Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

<sup>12</sup> Sentencia contra Anto Furundzija por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 10 de diciembre de 1998. <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>> [3 agosto 2016].

<sup>13</sup> MacKinnon, Catharine A. "Crimes of War, Crime of Peace". *UCLA Women's Law Journal*, 1993, vol. 4, 1, pp. 59-86.

<sup>14</sup> Desai, Priya. *Rape of women in war: a case of study*. Belgium: Education International, 1995.

<sup>15</sup> El nacionalismo serbio no fue el único de los nacionalismos que actuaron como trasfondo del conflicto. La desintegración de Yugoslavia originó fuertes sentimientos nacionalistas en las demás repúblicas que conformaban el país, por lo que todos los bandos bebieron del nacionalismo extremo.

serbio<sup>16</sup>. La violencia sexual que sufrieron las mujeres bosnias obedecía en parte a estos motivos nacionalistas, e impactó por su brutalidad, característica hasta entonces desapercibida para buena parte de la sociedad global. Las violaciones perpetradas en público pretendían no sólo la humillación de la víctima, también humillar al grupo étnico al que pertenecían, tratando de dañar a toda esa comunidad<sup>17</sup>. En base a este discurso y con ese objetivo, comenzó el genocidio (o mal llamada *limpieza étnica*<sup>18</sup>) de aquellos no serbios, situando a las mujeres como pieza angular: la violación y el embarazo forzado como medio para “equilibrar” el número de la “nueva” población<sup>19</sup>, marcándolas no sólo por el hecho de ser violadas, sino estigmatizándolas, como apunta Leatherman, ante una sociedad en guerra que veía cómo mujeres bosnias traían al mundo “hijos del enemigo”<sup>20</sup>, fundamentado en la noción del cuerpo de la mujer como símbolo de la nación, vinculando la violación de la mujer como ataque directo al enemigo, tal y como refleja el trabajo de Yuval-Davis<sup>21</sup>. La cosificación de las mujeres fue tenaz, quedando recluidas en campos de concentración o en hoteles como esclavas sexuales, donde eran violadas continuamente por soldados serbios o por los civiles; allí sufrieron violaciones individuales y en grupo, y humillaciones en las cuales el contenido sexual era muy marcado. Estos crímenes se convirtieron en un hecho espinoso cuando se destapó la participación de soldados de Naciones Unidas en este tipo de violencia contra las mujeres y la falta de asunción de responsabilidades por parte de la ONU<sup>22</sup>.

Estas violaciones fueron sistemáticas y generalizadas por lo que fueron declaradas como crímenes contra la humanidad<sup>23</sup>, reconociéndose durante el proceso que este tipo de violencia iba dirigido a un grupo concreto, en base a su género. Tras años de

---

<sup>16</sup> Kohn, Elizabeth A. “Rape as a Weapon of War: Women’s Human Rights During the Dissolution of Yugoslavia”. *Golden Gate U. L. Rev.*, 1994, vol. 24, 1, pp. 199-221.

<sup>17</sup> Ibrahimovic, Esma Kucukalic. “Las mujeres violadas en la guerra de Bosnia, dobles víctimas del conflicto 20 años después” [en línea]. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2014, Documento Opinión 35/2014. <[http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_opinion/2014/DIEEEO35-2014\\_GuerraBosnia\\_DDHH\\_EsmaKucukalic.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2014/DIEEEO35-2014_GuerraBosnia_DDHH_EsmaKucukalic.pdf)> [2 agosto 2016].

<sup>18</sup> En torno a este término, se podría considerar el tipo de violencia sexual con fines de “colonización étnica” como herramienta para el genocidio.

<sup>19</sup> Palacián de Inza, Blanca. “La violencia sexual como arma de guerra” [en línea]. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2014, Documento de Análisis 07/2013. <[http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_analisis/2013/DIEEEA07-2013\\_ViolenciaSexualArmaGuerra\\_BPI.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2013/DIEEEA07-2013_ViolenciaSexualArmaGuerra_BPI.pdf)> [2 agosto 2016].

<sup>20</sup> Leatherman, Janie L. *Violencia sexual y conflictos armados*. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau, 2013.

<sup>21</sup> Yuval-Davis, Nira. *Género y Nación*. Lima: Flora Tristán, 2004.

<sup>22</sup> Diu, Nisha Lilia. “What the UN doesn’t want you to know” [en línea]. *The Telegraph*, 06 de febrero de 2012. <<http://www.telegraph.co.uk/culture/9041974/What-the-UN-Doesnt-Want-You-to-Know.html>> [2 agosto 2016].

<sup>23</sup> Wood, Elisabeth. “Variación de la violencia sexual en tiempos de guerra: la violación en la guerra no es inevitable” en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2012, 14, 1, pp. 19-57.

espera es en el año 2015 cuando comienzan a llegar las primeras sentencias compensatorias a las mujeres bosnias que sufrieron este tipo de violencia sexual, veinte años después de la guerra<sup>24</sup>, condenándose, a principios de 2016, a un ex soldado serbobosnio a ocho años de prisión por la violación de una mujer bosnia en 1993<sup>25</sup>; este procesamiento permitió que se iniciasen juicios similares a otros dos ex soldados a comienzos de 2016, estando aún hoy en proceso<sup>26</sup>.

### 3. Colombia

La violencia sexual contra las mujeres colombianas dentro del contexto del conflicto armado ha contribuido a agudizar la difícil situación de la mayoría de las mujeres –y especialmente de las indígenas y afrocolombianas-, las cuales viven en una sociedad de marcado carácter machista, donde el complicado acceso a trabajos fuera del ámbito doméstico y la dificultad de obtener títulos de propiedad de tierras, las coloca en una posición de desigualdad<sup>27</sup>.

Colombia sufre un conflicto de baja intensidad desde que en los años 60 nacieran los dos principales grupos guerrilleros del país: las FARC<sup>28</sup> y el ELN<sup>29</sup>, cuyos intereses estaban confrontados con los del Estado, el cual respondió permitiendo la formación de distintos grupos paramilitares que tendrían total respaldo estatal hasta 1989, fecha que no logró la disolución de todos ellos. Desde el comienzo del conflicto, las mujeres son víctimas silenciadas, especialmente de la violencia sexual que todas las partes del conflicto practican impunemente: tanto miembros de la guerrilla como paramilitares llevan a cabo todo tipo de abusos contra las mujeres<sup>30</sup>, desde la violación hasta el aborto forzado –preocupa la prostitución forzada a la que son sometidas algunas mujeres a manos de ciertos grupos paramilitares, conectados con el crimen organizado<sup>31</sup>-. Los datos también apuntan a las fuerzas del Estado, que parece que no usan esta táctica como estrategia de

---

<sup>24</sup> Borger, Julian. “Bosnia rape victims may claim compensation for first time” [en línea]. *The Guardian*, 30 de junio de 2015. <<https://www.theguardian.com/world/2015/jun/30/bosnia-victims-compensation-landmark-ruling>> [2 agosto 2016].

<sup>25</sup> Dzidic, Denis. “Bosnian Serb Fighter Convicted of Wartime Rape” [en línea]. *Justice-Report.com*, 29 de junio de 2015. <<http://www.justice-report.com/en/articles/bosnian-serb-fighter-convicted-of-wartime-rape>> [2 agosto 2016].

<sup>26</sup> Caso Djurovic, P. y caso Sekaric, D.

<sup>27</sup> Oxfam Internacional. *Informe. La violencia sexual en Colombia. Un arma de guerra*. 2009.

<sup>28</sup> Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.

<sup>29</sup> Ejército de Liberación Nacional.

<sup>30</sup> La violencia sexual es ejercida entre la población civil, pero también entre las propias mujeres guerrilleras, de manos de sus compañeros de guerrilla.

<sup>31</sup> ABColombia. “Colombia: Women, Conflicto-Relates Sexual Violence and the Peace Process” [en línea]. *ABColombia*, 2013. <[http://www.abcolombia.org.uk/downloads/ABColombia\\_Conflict\\_related\\_sexual\\_violence\\_report.pdf](http://www.abcolombia.org.uk/downloads/ABColombia_Conflict_related_sexual_violence_report.pdf)> [2 agosto 2016].

guerra, sino que aprovecharían la situación de vulnerabilidad de las mujeres en este contexto de conflicto para perpetrar actos similares<sup>32</sup>. Los conflictos sobre la propiedad de la tierra y las disputas territoriales de las oligarquías locales son parte del trasfondo del conflicto<sup>33</sup>. No es baladí que el grueso de la población desplazada por el conflicto sean mujeres<sup>34</sup>. La violencia sexual contra las mujeres ha generado que muchas familias abandonen sus tierras por miedo, complicando aún más el acceso de las mujeres a la propiedad de la tierra; por ello, vemos cómo este tipo de violencia sirve como control territorial y control social<sup>35</sup>.

La violencia contra las mujeres dentro del conflicto armado ha sido un crimen permanentemente silenciado, hasta hace unos años. En 2008 la Corte Constitucional de Colombia reconoció la práctica sistemática de la violencia sexual dentro del conflicto armado, así como la invisibilidad que hay en torno a ello mediante el Auto 092<sup>36</sup> referente a la protección de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado a causa del conflicto; ese mismo año se aprobó la Ley 1257<sup>37</sup> sobre la igualdad de género – en la que, aparte de reconocer la violencia sexual, también reconoce la violencia sufrida por las mujeres en las relaciones laborales y económicas-. En esta línea, en 2011 se aprobó la Ley 1448<sup>38</sup> sobre víctimas y restitución de tierras dentro del marco del conflicto armado; con esta ley se pretende facilitar la transición del conflicto al periodo de paz, reconocer a las víctimas del conflicto armado<sup>39</sup> y su derecho a la verdad, justicia y reparación, y destaca la voluntad del gobierno por facilitar y fortalecer el acceso a la tierra de las mujeres.

---

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Conserjería en Proyectos (PCS). *Impunidad. Pongámosle fin. Violencia sexual contra las mujeres en conflictos armados y post conflicto en América Latina*” [en línea]. ACNUR, 2006. <[http://www.acnur.org/t3/recursos/publicaciones/publicaciones/?tx\\_damfrontend\\_pi1%5BshowUid%5D=13079&tx\\_damfrontend\\_pi1%5BbackPid%5D=1377](http://www.acnur.org/t3/recursos/publicaciones/publicaciones/?tx_damfrontend_pi1%5BshowUid%5D=13079&tx_damfrontend_pi1%5BbackPid%5D=1377)> [2 agosto 2016].

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>35</sup> Naciones Unidas. *Colombia. Información basada en el Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad (S/2014/181)* [en línea]. < <http://www.un.org/sexualviolenceinconflict/es/paises/colombia/> > [2 agosto 2016].

<sup>36</sup> Corte Constitucional de Colombia. *Auto 092/08* [en línea]. 2008. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2008/a092-08.htm>> [2 agosto 2016].

<sup>37</sup> Congreso de Colombia. *Ley 1257. Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones* [en línea], 2008. <[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1257\\_2008.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1257_2008.html)> [2 agosto 2016].

<sup>38</sup> Congreso de Colombia. *Ley 1448 de 2011* [en línea], 2011. <<http://www.unidadvictimas.gov.co/es/ley-1448-de-2011/13653>> [3 agosto 2016].

<sup>39</sup> La condición de víctimas les fue negada durante las dos legislaturas del ejecutivo anterior.

En la actualidad, el proceso de paz<sup>40</sup> entre el gobierno colombiano y las FARC prosigue su curso, teniendo en consideración la perspectiva de género. El 7 de junio de 2014 se iniciaron las discusiones en torno al quinto punto de la agenda del proceso de paz, el referente a las víctimas del conflicto. Tanto el gobierno como las FARC-EP, mostraron su apoyo a la necesidad de restitución de las víctimas a través de un comunicado oficial en el cual se acordaba la creación de una subcomisión de género “*para revisar y garantizar, con el apoyo de expertos y expertas nacionales e internacionales, que los acuerdos alcanzados y un eventual acuerdo final tenga un adecuado enfoque de género*”<sup>41</sup>. En septiembre de 2014 se inauguró oficialmente dicha subcomisión con cinco representantes de ambas partes, recibiendo el apoyo de distintas organizaciones. Paralelo a esto, el presidente colombiano, Juan Manuel Santos, defendió la inclusión de este tipo de violencia como tema vinculado a las negociaciones de paz mientras que la ONU pidió explícitamente que se aborde directamente la violencia sexual durante el proceso<sup>42</sup>.

En la actualidad, los casos de violencia sexual en el marco del conflicto armado siguen siendo, en una abrumadora mayoría, desatendidos por la justicia pese al respaldo del Estado para acabar con esta violencia y resarcir a las víctimas<sup>43</sup>. En julio de 2016 el gobierno colombiano y las FARC-EP lanzaron un comunicado conjunto, a través de la subcomisión de género en donde se comprometían a integrar el enfoque de género en los acuerdos de paz a través de ocho áreas en las que favorecer la igualdad de género y la situación de las mujeres colombianas, especialmente aquellas víctimas del conflicto armado<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> El proceso de paz colombiano, aún en curso, comenzó en 2011 con las primeras reuniones exploratorias entre ambas facciones, haciéndolas oficiales un año después. Se eligió La Habana como lugar de diálogo, y a Cuba y a Noruega como países garantes del proceso.

<sup>41</sup> Mesa de conversaciones para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera en Colombia. Gobierno Nacional y las FARC-EP. *Comunicado conjunto. La Habana, 07 de junio de 2014* [en línea], 2014. <<https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-07-de-junio-de-2014>> [2 agosto 2016].

<sup>42</sup> s.a. “La ONU pide que en los acuerdos de paz de Colombia se aborde la violencia sexual”. *Eldiario.es*, 03 de marzo de 2015. <[http://www.eldiario.es/politica/ONU-acuerdos-Colombia-aborde-violencia\\_0\\_362913723.html](http://www.eldiario.es/politica/ONU-acuerdos-Colombia-aborde-violencia_0_362913723.html)> [3 agosto 2016].

<sup>43</sup> Mesa de seguimiento autos 092 y 009. *Persiste impunidad en casos de violencia sexual asociada al conflicto sexual* [en línea], 2016. <<http://www.colectivodeabogados.org/?Persiste-impunidad-en-casos-de-violencia-sexual-asociada-al-conflicto-armado>> [2 agosto 2016].

<sup>44</sup> Delegaciones del Gobierno Nacional y las FARC-EP. *Subcomisión de Género. Comunicado conjunto #82* [en línea], 2016. <<http://pazfarc-ep.org/comunicadosconjuntosfarcscubaitem/3502-comunicado-conjunto-82.html>> [2 agosto 2016].

#### 4. ISIS

El avance del ISIS<sup>45</sup> ha sacudido la vida de millones de personas para las cuales el fundamentalismo religioso impuesto por el grupo terrorista, ha supuesto el desplazamiento forzado, la conversión religiosa forzada o la muerte. La violencia ejercida contra las mujeres adopta distintas formas, si bien, se da cierta distinción entre las mujeres musulmanas –tanto suníes como chiíes- y cristianas y las mujeres de otras minorías religiosas como la yazidí<sup>46</sup>. Las diferentes interpretaciones del Corán por las distintas sociedades que profesan el Islam, provocan que el estatus y libertades de las mujeres varíen de unas a otras, y en algunos países no corresponde con la dictada por el Corán o por el sistema legal islámico (la Sharía), fruto de la mala interpretación de los versículos<sup>47</sup>. Esto ha dado pie a que algunos gobiernos se amparen en la religión para reforzar el patriarcado, si bien el fundamentalismo religioso del ISIS ha sido utilizado para legitimar la persecución de aquellas comunidades o individuos no musulmanes suníes o no creyentes. La persecución llevada a cabo sobre la comunidad yazidí recae en que son considerados como “adoradores del diablo”<sup>48</sup> y apóstatas por el ISIS, justificando así su persecución.

Las mujeres, ya sean musulmanas, cristianas o de otra religión, están sometidas a una violencia que adopta diferentes formas, desde la violación o el matrimonio forzado, hasta la conversión religiosa impuesta. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos estima que alrededor de 3.200 mujeres y niñas yazidíes están privadas de libertad a manos del ISIS<sup>49</sup>, y utilizan su dominio y violencia sexual contra las mujeres (la cosificación de las mujeres y niñas, compra-venta y “libre acceso”) como

---

<sup>45</sup> El Estado Islámico de Irak y Siria (ISIS por sus siglas en inglés) –*Daesh* en árabe- es un grupo que pugna por extender de forma violenta su versión fundamentalista y radical del Islam (de la rama suní) en Siria e Irak –si bien sus pretensiones abarcan mucho más territorio- mediante la lucha armada. El ISIS hunde sus raíces en 2003, con la creación de grupos subversivos que lucharon contra la ocupación estadounidense de Irak, estrechando lazos con Al-Qaeda, hasta que en 2006 pasa a independizarse bajo el nombre de Estado Islámico de Irak (ISI). En 2013 se conocían como ISIL (Estado Islámico de Irak y el Levante) hasta que se adentraron en territorio sirio. En 2014 su líder Abu Bakr al Baghdadi se autoproclamó “califa de todos los musulmanes” y cambió el nombre a Estado Islámico, denotando así la pretensión de crear un Estado. Aquí se utilizará el acrónimo de ISIS.

<sup>46</sup> Comunidad étnica ligada a los kurdos, predominantemente establecida en Irak, que profesa una antiquísima religión monoteísta. Los miembros del ISIS les consideran apóstatas, por lo que son aún más perseguidos que las otras comunidades religiosas no islámicas.

<sup>47</sup> Támara Pinto, Pamela. *El papel de la mujer en el terrorismo islámico contemporáneo de Pakistán. Estudio de caso: Jamia Hafsa*, Trabajo fin de grado, Universidad del Rosario, 2009.

<sup>48</sup> Veneran la figura de un ángel caído, “Melek Taus (el ángel Pavo Real)”, que en el Islam y el cristianismo se asocia con Satanás.

<sup>49</sup> Naciones Unidas. “*They came to destroy*”: *ISIS Crimes Against the Yazidis* [en línea]. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2016, Documento A/HRC/32/CRP.2. <[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/A\\_HRC\\_32\\_CRP.2\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/A_HRC_32_CRP.2_en.pdf)> [3 agosto 2016].

propaganda para captar adeptos<sup>50</sup>. Tras ser separadas de sus familiares, las mujeres y niñas quedan a merced de los combatientes del ISIS, quienes ejercen sobre ellas todo tipo de violaciones y abusos, siendo víctimas de matrimonios forzados y la conversión religiosa – la excepción está entre los miembros de la comunidad cristiana, pues pueden pagar un diezmo a cambio de seguir profesando el cristianismo<sup>51</sup>. Muchas son convertidas en esclavas sexuales, vendidas como animales en los mercados públicos, ante la legitimidad que el ISIS reviste a este crimen: se han propuesto reavivar la esclavitud de las mujeres al considerarla justificada bajo la Sharía<sup>52</sup>, e incluso normativizar todo lo relativo al trato de las esclavas<sup>53</sup>.

Las víctimas de la violencia comentada sufren una estigmatización cuando regresan con sus familias. Pese a que el líder de la comunidad yazidí ha pedido que no se las rechace por haber sufrido esta clase de violencia<sup>54</sup>, las mujeres son conscientes de la dificultad que su cautiverio supone para encontrar marido, así como la generalización de la idea de que todas las mujeres y niñas capturadas por el ISIS han sido violadas; ambos aspectos generan mayor tensión a estas mujeres, haciéndolas todavía más vulnerables a la dependencia de los hombres, al ostracismo social o a quedar abandonadas a su suerte<sup>55</sup>.

Los crímenes cometidos por el ISIS son considerados como crímenes contra la humanidad y crímenes de persecución por motivos religiosos en junio de 2016 la ONU acusó a ISIS de genocidio contra la comunidad yazidí<sup>56</sup>, en la que nuevamente las mujeres sufren una violencia más acentuada. Entre las medidas ideadas por la comunidad internacional, una alternativa planteada por algunas voces es la de una intervención militar apelando a la ‘responsabilidad de proteger’<sup>57</sup>, que podría suponer la protección de la

---

<sup>50</sup> Naciones Unidas. *Informe del Secretario General de la ONU sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos* [en línea]. Naciones Unidas. Consejo de Seguridad, 2015, S/2015/203. <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10064.pdf?view=1>> [2 agosto 2016].

<sup>51</sup> Human Rights Watch. *Iraq: ISIS Escapees describe systematic rape*.

<sup>52</sup> “The failed crusade” [en línea]. *Dabiq*, 2014, 4. <<https://media.clarionproject.org/files/islamic-state/islamic-state-isis-magazine-Issue-4-the-failed-crusade.pdf>> [2 agosto 2016].

<sup>53</sup> s.a. *Islamic State (ISIS) releases pamphlet on female slaves* [en línea], 2014. <<http://www.memrijttm.org/islamic-state-isis-releases-pamphlet-on-female-slaves.html>> [3 agosto 2016].

<sup>54</sup> Amnistía Internacional. *Escape from Hell. Torture and Sexual Slavery in Islamic State captivity in Iraq* [en línea]. Amnistía Internacional, 2014. <[https://www.amnesty.org.uk/sites/default/files/escape\\_from\\_hell\\_-\\_torture\\_and\\_sexual\\_slavery\\_in\\_islamic\\_state\\_captivity\\_in\\_iraq\\_-\\_english\\_2.pdf](https://www.amnesty.org.uk/sites/default/files/escape_from_hell_-_torture_and_sexual_slavery_in_islamic_state_captivity_in_iraq_-_english_2.pdf)> [2 agosto 2016].

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> Naciones Unidas. “Siria: ONU denuncia al ISIS de cometer genocidio contra la comunidad yazidí” [en línea]. *Centro de Noticias de Naciones Unidas*, 16 de junio de 2016. <<http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=35281#.V5oz8PmLTIU>> [3 agosto 2016].

<sup>57</sup> “s.a. “Un experto de la ONU defiende acciones militares contra el Estado Islámico” [en línea]. *Eldiario.es*, 11 de marzo de 2015. <[http://www.eldiario.es/politica/ONU-defiende-acciones-militares-Islamico\\_0\\_365364418.html](http://www.eldiario.es/politica/ONU-defiende-acciones-militares-Islamico_0_365364418.html)> [2 agosto 2016].

población civil y acabar con la violencia que se ciñe sobre las mujeres. Sin embargo, este argumento suscita críticas porque esta es la narrativa de los partidos más conservadores de Europa o Estados Unidos para desplegar a sus ejércitos en misiones militares en pro de la protección de los más débiles, pero con una estrategia geopolítica distinta, poco basada en los derechos humanos.

Mientras la comunidad internacional permanece indecisa sobre una intervención más directa, las milicianas kurdas han emprendido la lucha contra el ISIS. La formación de una brigada femenina del YPG<sup>58</sup>, conocidas como “YPJ” (Unidades Femeninas de Protección), ha supuesto una eficaz táctica para combatir el terrorismo del ISIS<sup>59</sup> (los miembros del ISIS creen que si una mujer les mata no entrarán en el paraíso, lo que les hace huir de ellas). Además, la existencia de combatientes femeninas supone una revolución en la propia sociedad kurda, ya que las mujeres desarrollaban un papel marcado por su reclusión en el ámbito doméstico, como madres y esposas; ahora, la guerra les ha dado la posibilidad de cambiar este rol tradicionalmente desempeñado por ellas, y conseguir una mayor igualdad y libertades con respecto a los hombres al haber luchado junto a éstos en el campo de batalla<sup>60</sup>.

## 5. Reflexiones finales

Tras el análisis de estos tres conflictos, vemos cómo la violencia sexual aparece casi de forma inherente e “inevitable”. Pese a la separación cronológica que guardan entre sí los casos presentados, comparten ciertos retos que preocupan al repetirse, aun cuando se han producido avances en el plano jurídico internacional y nacional. La lucha contra la impunidad de los agresores, continuada debido a la incapacidad de acción del Estado, es clave para detener este tipo de violencia contra las mujeres. A esto hay que añadir la restitución y compensación a las víctimas por los daños sufridos, así como medidas eficaces que imposibiliten la repetición de este tipo de violencia pues hasta ahora se han planteado de forma tardía e inadecuada.

---

La Responsabilidad de Proteger (R2P) defiende que la comunidad internacional sea, de manera colectiva, quien proteja a los civiles si lo Estados no lo hacen. La intención es prevenir casos como genocidio o crímenes contra la humanidad.

<sup>58</sup> Las Unidades de Protección Popular (YPG por sus siglas en kurdo) son brigadas de milicianos que actualmente luchan contra el avance del ISIS en las zonas del Kurdistán Sirio. Sus filas acogen distintas nacionalidades, destacando el gran número de mujeres que han ingresado en la brigada femenina (YPJ).

<sup>59</sup> Gatehouse, Gabriel. “The Kurdish female fighters bringing the fight to IS”. *BBC news*, 05 de septiembre de 2014. <<http://www.bbc.com/news/world-middle-east-29085242>> [2 agosto 2016].

<sup>60</sup> s.a. “El batallón femenino de los kurdos: la pesadilla del Estado Islámico” [en línea]. *Actualidad.RT.com*, 03 de Julio de 2015. <<https://actualidad.rt.com/programas/especial/179183-mujeres-kurdas-guerra-isis-estado-islamico>> [3 agosto 2016].

Por último, la participación de las mujeres en las negociaciones de paz continúa siendo escasa, lo que dificulta que haya justicia en relación a los crímenes de la violencia sexual contra las mujeres durante los conflictos armados. El proceso de paz colombiano parece haber tomado cartas en el asunto al incluir la violencia sexual como uno de los problemas a tratar para una paz estable y duradera, siendo un proceso pionero a la hora de integrar el enfoque de género y la participación de las mujeres durante el proceso de paz, así como en lo relacionado con el castigo a los culpables y la reparación del daño causado a las víctimas, tratándolas como agentes de cambio y no como mujeres desvalidas que necesitan protección.

### Referencias Bibliográficas

- ABColumbia. “Colombia: Women, Conflict-Related Sexual Violence and the Peace Process” [en línea]. ABColumbia, 2013. <[http://www.abcolombia.org.uk/downloads/ABColumbia\\_Conflict\\_related\\_sexual\\_violence\\_report.pdf](http://www.abcolombia.org.uk/downloads/ABColumbia_Conflict_related_sexual_violence_report.pdf)> [2 agosto 2016].
- Amnistía Internacional. *Escape from Hell. Torture and Sexual Slavery in Islamic State captivity in Iraq* [en línea]. Amnistía Internacional, 2014. <[https://www.amnesty.org.uk/sites/default/files/escape\\_from\\_hell\\_-\\_torture\\_and\\_sexual\\_slavery\\_in\\_islamic\\_state\\_captivity\\_in\\_iraq\\_-\\_english\\_2.pdf](https://www.amnesty.org.uk/sites/default/files/escape_from_hell_-_torture_and_sexual_slavery_in_islamic_state_captivity_in_iraq_-_english_2.pdf)> [2 agosto 2016].
- Borger, Julian. “Bosnia rape victims may claim compensation for first time” [en línea]. *The Guardian*, 30 de junio de 2015. <<https://www.theguardian.com/world/2015/jun/30/bosnia-victims-compensation-landmark-ruling>> [2 agosto 2016].
- Butler, Jennifer S., “Prostitución militarizada: La historia no contada” [en línea]. *Mora (B. Aires)*, 2009, vol.15, 2, pp. 119-141. <<http://www.scielo.org.ar/pdf/mora/v15n2/v15n2a05.pdf>> [2 agosto 2016].
- Congreso de Colombia. *Ley 1257. Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones* [en línea], 2008. <[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1257\\_2008.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1257_2008.html)> [2 agosto 2016].

- Congreso de Colombia. *Ley 1448 de 2011* [en línea], 2011. <<http://www.unidadvictimas.gov.co/es/ley-1448-de-2011/13653>> [3 agosto 2016].
- Conserjería en Proyectos (PCS). *Impunidad. Pongámosle fin. Violencia sexual contra las mujeres en conflictos armados y post conflicto en América Latina* [en línea]. ACNUR, 2006. <[http://www.acnur.org/t3/recursos/publicaciones/publicaciones/?tx\\_damfrontend\\_pi1%5BshowUid%5D=13079&tx\\_damfrontend\\_pi1%5BbackPid%5D=1377](http://www.acnur.org/t3/recursos/publicaciones/publicaciones/?tx_damfrontend_pi1%5BshowUid%5D=13079&tx_damfrontend_pi1%5BbackPid%5D=1377)> [2 agosto 2016].
- Corte Constitucional de Colombia. *Auto 092/08* [en línea], 2008. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2008/a092-08.htm>> [2 agosto 2016].
- Cruz Roja Americana. “Resumen de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales” [en línea]. *Cruz Roja Americana*, 2006. <[http://www.redcross.org/images/MEDIA\\_CustomProductCatalog/m17540812\\_Resumen-de-los-Convenios-de-Ginebra-de-1949-y-sus-Protocolos-Adicionales.pdf](http://www.redcross.org/images/MEDIA_CustomProductCatalog/m17540812_Resumen-de-los-Convenios-de-Ginebra-de-1949-y-sus-Protocolos-Adicionales.pdf)> [2 agosto 2016].
- Delegaciones del Gobierno Nacional y las FARC-EP. Subcomisión de Género. *Comunicado conjunto #82* [en línea], 2016. <<http://pazfarc-ep.org/comunicadosconjuntosfarcscubaitem/3502-comunicado-conjunto-82.html>> [2 agosto 2016].
- Desai, Priya. *Rape of women in war: a case of study*. Belgium: Education International, 1995.
- Diu, Nisha Lilia. “What the UN doesn’t want you to know” [en línea]. *The Telegraph*, 06 de febrero de 2012. <<http://www.telegraph.co.uk/culture/9041974/What-the-UN-Doesnt-Want-You-to-Know.html>> [2 agosto 2016].
- Dzidic, Denis. “Bosnian Serb Fighter Convicted of Wartime Rape” [en línea]. *Justice-Report.com*, 29 de junio de 2015. <<http://www.justice-report.com/en/articles/bosnian-serb-fighter-convicted-of-wartime-rape>> [2 agosto 2016].
- Espinosa, Ángeles. “La ONU acusa al Estado Islámico de ‘limpieza étnica y confesional’ en Irak” [en línea]. *El país.es*, 2014, 25 de agosto. <[http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/25/actualidad/1408983145\\_230027.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/25/actualidad/1408983145_230027.html)> [2 agosto 2016].

- Gatehouse, Gabriel. "The Kurdish female fighters bringing the fight to IS". *BBC news*, 05 de septiembre de 2014. <<http://www.bbc.com/news/world-middle-east-29085242>> [2 agosto 2016].
- Gough, Kathleen. "The war against women. Prostitution in Vietnam". *Manushi*, 1984, 21, pp. 29-32.
- Heller, Kevin y Simpson, Gerry. *The Hidden Histories of War Crimes Trials*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Human Rights Watch. "Iraq: ISIS Escapees Describe systematic rape" [en línea]. *Human Rights Watch*, 2015. <<https://www.hrw.org/news/2015/04/14/iraq-isis-escapees-describe-systematic-rape>> [2 agosto 2016].
- Ibrahimovic, Esmá Kucukalic. *Las mujeres violadas en la guerra de Bosnia, dobles víctimas del conflicto 20 años después* [en línea]. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2014, Documento Opinión 35/2014. <[http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_opinion/2014/DIEEEO35-2014\\_GuerraBosnia\\_DDHH\\_EsmaKucukalic.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2014/DIEEEO35-2014_GuerraBosnia_DDHH_EsmaKucukalic.pdf)> [2 agosto 2016].
- Kohn, Elizabeth A. "Rape as a Weapon of War: Women's Human Rights During the Dissolution of Yugoslavia". *Golden Gate U. L. Rev.*, 1994, vol. 24, 1, pp. 199-221.
- Krill, Françoise. "La protección a la mujer en los derechos internacionales humanitarios". *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1985, vol. 10, 72, pp. 347-375.
- Leatherman, Janie L. *Violencia sexual y conflictos armados*. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau, 2013.
- MacKinnon, Catharine A. "Crimes of War, Crime of Peace". *UCLA Women's Law Journal*, 1993, vol. 4, 1, pp. 59-86.
- Méndez Silva, Ricardo y López Ortiz, Liliana. "Instrucciones para la conducción de los ejércitos de los Estados Unidos en campaña (Código de Lieber)". En Méndez Silva, Ricardo y López Ortiz, Liliana (comp.). *Derecho de los conflictos armados. Compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, Tomo I, pp. 5-27.
- Mesa de conversaciones para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera en Colombia. Gobierno Nacional y las FARC-EP. *Comunicado conjunto. La Habana, 07 de junio de 2014* [en línea], 2014.

<<https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-07-de-junio-de-2014>> [2 agosto 2016].

Mesa de seguimiento autos 092 y 009. *Persiste impunidad en casos de violencia sexual asociada al conflicto sexual* [en línea], 2016.

<<http://www.colectivodeabogados.org/?Persiste-impunidad-en-casos-de-violencia-sexual-asociada-al-conflicto-armado>> [2 agosto 2016].

Naciones Unidas. *Las Naciones Unidas y la asistencia humanitaria. Los conflictos armados* [en línea]. Naciones Unidas.

<<http://www.un.org/es/humanitarian/overview/conflict.shtml>> [2 agosto 2016].

----- *Colombia. Información basada en el Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad (S/2014/181)* [en línea].

<<http://www.un.org/sexualviolenceinconflict/es/paises/colombia/>> [2 agosto 2016].

----- *Informe del Secretario General de la ONU sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos* [en línea]. Naciones Unidas. Consejo de Seguridad, 2015, S/2015/203.

<<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10064.pdf?view=1>> [2 agosto 2016].

----- “Siria: ONU denuncia al ISIS de cometer genocidio contra la comunidad yazidí” [en línea]. *Centro de Noticias de Naciones Unidas*, 16 de junio de 2016.

<<http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=35281#.V5oz8PmLTIU>> [3 agosto 2016].

----- “*They came to destroy*”: *ISIS Crimes Against the Yazidis* [en línea]. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2016, Documento A/HRC/32/CRP.2.

<[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/A\\_HRC\\_32\\_CRP.2\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/A_HRC_32_CRP.2_en.pdf)> [3 agosto 2016].

Oxfam Internacional. *Informe. La violencia sexual en Colombia. Un arma de guerra*. 2009.

Palacián de Inza, Blanca. “La violencia sexual como arma de guerra” [en línea]. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2014, Documento de Análisis 07/2013.

<[http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_analisis/2013/DIEEEA07-2013\\_ViolenciaSexualArmaGuerra\\_BPI.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2013/DIEEEA07-2013_ViolenciaSexualArmaGuerra_BPI.pdf)> [2 agosto 2016].

- Pratt, Kathleen. M., y Fletcher, Laurel, E. “Time for justice: The case for International Prosecutions of Rape and Gender-Based Violence in the Former Yugoslavia”. Berkeley Women’s L.J., 77, 9, 1994.
- s.a. “El batallón femenino de los kurdos: la pesadilla del Estado Islámico” [en línea]. *Actualidad.RT.com*, 03 de Julio de 2015. <<https://actualidad.rt.com/programas/especial/179183-mujeres-kurdas-guerra-isis-estado-islamico>> [3 agosto 2016].
- s.a. *Islamic State (ISIS) releases pamphlet on female slaves* [en línea], 2014. <<http://www.memrijttm.org/islamic-state-isis-releases-pamphlet-on-female-slaves.html>> [3 agosto 2016].
- s.a. “La ONU pide que en los acuerdos de paz de Colombia se aborde la violencia sexual”. *Eldiario.es*, 03 de marzo de 2015. <[http://www.eldiario.es/politica/ONU-acuerdos-Colombia-aborde-violencia\\_0\\_362913723.html](http://www.eldiario.es/politica/ONU-acuerdos-Colombia-aborde-violencia_0_362913723.html)> [3 agosto 2016].
- s.a. *Línea de tiempo del proceso de paz* [en línea] <<https://pazfarc-ep.org/comunicadosfarcuba/item/2203-informe-especial-el-proceso-de-paz-en-la-habana.html>> [2 agosto 2016].
- s.a. “Un experto de la ONU defiende acciones militares contra el Estado Islámico” [en línea]. *Eldiario.es*, 11 de marzo de 2015. <[http://www.eldiario.es/politica/ONU-defiende-acciones-militares-Islamico\\_0\\_365364418.html](http://www.eldiario.es/politica/ONU-defiende-acciones-militares-Islamico_0_365364418.html)> [2 agosto 2016].
- Sentencia contra Jean-Paul Akayesu por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 2 de diciembre de 1998 [en línea]. <<http://www.refworld.org/publisher,ICTR,,,40278fbb4,0.html>> [3 agosto 2016].
- Sentencia contra Anto Furundzija por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 10 de diciembre de 1998 [en línea]. <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>> [3 agosto 2016].
- Támaro Pinto, Pamela. *El papel de la mujer en el terrorismo islámico contemporáneo de Pakistán. Estudio de caso: Jamia Hafsa*, Trabajo fin de grado, Universidad del Rosario, 2009.
- “The failed crusade” [en línea]. *Dabiq*, 2014, 4. <<https://media.clarionproject.org/files/islamic-state/islamic-state-isis-magazine-Issue-4-the-failed-crusade.pdf>> [2 agosto 2016].

Wood, Elisabeth. “Variación de la violencia sexual en tiempos de guerra: la violación en la guerra no es inevitable”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2012, 14, 1, pp. 19-57.

Yuval-Davis, Nira. *Género y Nación*. Lima: Flora Tristán, 2004.

Zurita Bayona, Jorge. *Violencia contra la mujer. Marco histórico evolutivo y predicción del nivel de riesgo*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2014.

# A DECISÃO AKAYESU: UM MARCO HISTÓRICO NA JURISPRUDÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS\*

## AKAYESU DECISION: A LANDMARK COURT DECISION ON HUMAN RIGHTS

Tatiana Morais  
*Doutoranda na Universidade Nova de Lisboa*

**Resumen:** A 8 de Novembro de 1994, o Conselho de Segurança das Nações Unidas criou o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda com o objectivo de julgar as pessoas responsáveis por violações graves ao Direito Internacional Humanitário. Um dos processos transitado em julgado foi o processo n.º *ICTR-96-4-T, Chamber I*, de 2 de Setembro de 1998, no âmbito do qual Jean-Paul Akayesu, Presidente da Câmara de Taba, aquando do massacre da população Tutsi entre Abril e Julho de 1994, foi condenado a pena de prisão perpétua por vários crimes, entre eles, o crime de genocídio. A condenação pelo crime de genocídio incluiu toda a violência sexual praticada com o intuito de destruir, no todo ou em parte, a população Tutsi. Foi a primeira vez na história da jurisprudência de um tribunal *ad hoc* internacional que a violência sexual foi qualificada e punida como genocídio. A Decisão Akayesu revela múltiplas intersecções que tornaram possível a concretização da justiça no caso concreto. Será sobre a tripla intersecção presente na Decisão Akayesu que nos iremos debruçar, revisitando cada um dos critérios presentes na construção desta decisão. A pertinência da presente análise baseia-se no facto de se tratar de uma decisão histórica que lançou os alicerces para uma nova percepção da realidade do genocídio ocorrido no Ruanda em 1994.

**Palavras-chave:** Tribunal Penal Internacional do Ruanda, Violência Sexual, Genocídio, *Genocidal Rape*, Interpretativismo, Feminismo Pós-Moderno, Intersecções.

**Abstract:** November 8th 1994, UN Security Council established the International Criminal Tribunal for Rwanda in order to prosecute serious violations of international humanitarian law. One of those cases was Case No. *ICTR-96-4-T, Chamber I*, of 2 September 1998, under which Jean-Paul Akayesu, Taba's Mayor during the massacre of the Tutsi between April and July 1994, was sentenced to life imprisonment for several crimes, including crime of genocide. The conviction for the crime of genocide included sexual violence with the intent to destroy, in whole or in part, Tutsi. It was the first time in the history of jurisprudence of an international *ad hoc* tribunal that sexual violence was qualified and punished as genocide, creating a new terminology genocidal rape. Akayesu case has several intersections which made possible to achieve justice *in casu*. In our analysis we will focus the triple intersection in Akayesu case. The importance of this analysis is due to its historical achievement and the fact it shed a light on what happened in Ruanda in 1994.

**Keywords:** International Criminal Tribunal for Rwanda, Sexual Violence, Genocide, *Genocidal Rape*, Interpretivism, Post-Modern Feminism, Intersections.

---

\* O presente texto tem por base o relatório desenvolvido para a disciplina Teoria do Direito, em Fevereiro 2016, no âmbito do Doutoramento em Direito, financiado com a Bolsa F.C.T. n.º PD/BI/114031/2015. Agradeço ao Prof. Doutor André Santos Campos os comentários e críticas a uma versão anterior do presente texto.

## 1. 100 dias sem esperança no Ruanda

Entre 6 de Abril e 4 de Julho de 1994 teve lugar no Ruanda o massacre de Tutsis e Hutus moderados levado a cabo por Hutus<sup>1</sup>. Em cerca de 100 dias entre 500.000 a 1.000.000 de pessoas, na sua esmagadora maioria Tutsis, perderam a vida<sup>2</sup>. No lapso de tempo que durou o genocídio da população Tutsi foram cometidas violações em massa, estimando-se o número de ocorrências entre 250.000 a 500.000 violações<sup>3</sup>.

Perante o horror dos acontecimentos, a 8 de novembro de 1994, o Conselho de Segurança das Nações Unidas criou o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (doravante TPIR), através da Resolução do Conselho de Segurança n.º 955 S/RES/955 (1994) de 8 Novembro 1994. Um dos processos que correu os seus termos naquele Tribunal, e que, entretanto, transitou em julgado, foi o processo n.º ICTR-96-4-T que condenou Jean-Paul Akayesu a pena de prisão perpétua pela prática do crime de genocídio em cúmulo jurídico com a prática de outros ilícitos penais. Neste momento Jean-Paul Akayesu cumpre pena de prisão perpétua no Mali<sup>4</sup>.

A razão pela qual iremos centrar a nossa atenção na decisão do processo n.º ICTR-96-4-T (doravante Decisão Akayesu) deve-se ao facto de esta ter sido inovadora<sup>5</sup> em dois aspectos: na promoção da responsabilidade dos comandos<sup>6</sup> e na qualificação e punição da violência sexual praticada por ocasião do massacre como crime de

---

<sup>1</sup> Nem sempre as relações entre Tutsis e Hutus foram pautadas pela animosidade, esta animosidade surge em virtude do tratamento diferenciado concedido no período colonial, conforme demonstrado nos parágs. 78 e ss do Acórdão Jean-Paul Akayesu, *case nr. ICTR-96-4-T, Chamber I*, de 2 de Setembro de 1998.

<sup>2</sup> *Ibidem*, parag. 111 (“The estimated total number of victims in the conflict varies from 500.000 to 1.000.000 or more”).

<sup>3</sup> Vide L. Haffajee, Rebecca. “Prosecuting crimes of rape and sexual violence at the ICTR: the application of Joint Criminal Enterprise Theory”. *Harvard Journal of Law & Gender*, 2006, vol. 29, p. 201, pp. 201-221 e Van Schaack, Beth. *Engendering Genocide: The Akayesu Case Before the International Criminal Tribunal for Rwanda*. [em linha] Santa Clara University School of Law, 2008, p. 17 <<http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=810001098099073016002095119083126014105075065059020026109102109004092018110095004123022050008059054001039118000122001085003115110027068000046091125005078001090093037022075024082002019087072082030069087117066007001064004113074097070098119085121088068&EXT=pdf>> [27 Agosto 2016].

<sup>4</sup> Vide Recurso do Acórdão Jean-Paul Akayesu, *case nr. ICTR-96-4-A*, de 23 de Novembro de 2001, parag. 8 p. 8.

<sup>5</sup> Neste sentido Van Schaack, Beth. *Engendering Genocide*, ... p. 1.

<sup>6</sup> No processo número ICTR-96-4-T não há relatos de Akayesu ter cometido qualquer crime de violação, contudo há relatos de que o mesmo estava presente no complexo onde as violações e outras atrocidades eram cometidas, pelo que, conhecendo as ocorrências e podendo fazer algo, Akayesu optou por nada fazer, permitindo e incentivando a prática de ilícitos penais, nomeadamente, na sua presença, o que redundou na sua responsabilidade criminal no que respeita, entre outros, a violência sexual cometida e que foi qualificada e punida como genocídio (*vide* parágs. 12, 54, 187-193 e, em particular os relatos constantes dos parágs. 421-422, 429 e 450, a fls. (...), do Acórdão Jean-Paul Akayesu, *case nr. ICTR-96-4-T*, ...). No mesmo sentido *vide* Leandro, Francisco José. “A responsabilidade criminal dos chefes militares no Estatuto de Roma (artigo 28.º)”. *Direito e Justiça*. Lisboa: vol. especial, 2006, pp. 103-104 e 107-108, pp. 81-132.

genocídio, dando assim origem à terminologia *genocidal rape*<sup>7</sup>. O facto de o TPIR ter punido a prática de violência sexual como genocídio teve um impacto de tal ordem que influenciou diversas jurisdições a nível federal, de que constitui exemplo a legislação do Estado Federado da Califórnia e de Illinois<sup>8</sup> e, ainda, a elaboração do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, no âmbito do qual foram previstas disposições legais que incorporam questões de género<sup>9</sup>.

Será sobre a interpretação e punição de actos de violência sexual como genocídio<sup>10</sup> na Decisão Akayesu e suas múltiplas intersecções que nos iremos focar.

## 2. O processo Akayesu

### 2.1. Relatos de Violência Sexual no processo Akayesu

Jean-Paul Akayesu ocupava o cargo de Presidente da Câmara de Taba por ocasião do genocídio no Ruanda em 1994. Enquanto Presidente da Câmara de Taba, Akayesu detinha controlo quer da polícia quer da guarda nacional, razão pela qual foi responsabilizado, directa e indirectamente, pelo crime de genocídio (entre outros)<sup>11</sup>. Em resultado da actuação de Akayesu, cerca de 2.000 Tutsis perderam a vida naqueles meses de 1994, só em Taba<sup>12</sup>. Mas nem só de morte e de tortura são constituídos os

---

<sup>7</sup> Vide McGlynn, Clare *et al.* (coords.). "Rethinking Rape Law: An Introduction". *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives*. New York: Routledge, 2010, p. 2, pp.1-14.

<sup>8</sup> Vide Mackinnon, Catharine. "Defining Rape Internationally: a comment on Akayesu". *Columbia Journal of Transnational Law*, 2006: nota de rodapé 74.

<sup>9</sup> Neste sentido *vide* sentido Van Schaack, Beth. *Engendering Genocide...*, p. 28.

<sup>10</sup> O termo genocídio foi pela primeira vez mencionado por Lemkin, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* [em linha] 1944, p. 79, <[https://books.google.pt/books?id=y0in2wOY-W0C&pg=PA79&hl=pt-BR&source=gbs\\_toc\\_r&cad=4#v=onepage&q&f=false](https://books.google.pt/books?id=y0in2wOY-W0C&pg=PA79&hl=pt-BR&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false)> [27 Agosto 2016]. Tendo por base a noção de genocídio avançada por Raphael Lemkin, a Assembleia Geral das Nações Unidas adoptou a noção de genocídio que consta do artigo 2.º da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Convenção de 1948), a qual é caracterizada por uma abordagem «gender-neutral», e que foi integralmente adoptada nos Estatutos do Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslavia (artigo 4.º) e do Tribunal Penal Internacional do Ruanda (artigo 2.º). Também a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução GA n.º 96 (I), adoptada dois anos antes em Dezembro de 1946, mencionava o genocídio como uma negação do direito à existência de grupos de seres humanos, tal como o homicídio é uma negação do direito à vida do ser humano. Pese embora esta noção de genocídio não mencionar quaisquer actos que consubstanciem violência sexual, tal não obsta à inclusão dos mesmos na al. b) do artigo 2 da Convenção de 1948, uma vez que aí é feita menção aos danos causados, física e moralmente, a membros de um determinado grupo, cfr. van Schaack, Beth. *Engendering Genocide...*, p. 15. Saliente-se que, actualmente 147 Estados são parte na Convenção de 1948, de entre os quais o Ruanda que ratificou a Convenção a 16 de Abril de 1975. Vários Estados ao ratificarem a Convenção de 1948 optaram por formular reservas ao disposto no artigo IX, o qual respeita à jurisdição do Tribunal de Justiça Internacional na solução de conflitos decorrentes do disposto da Convenção. O Ruanda foi um desses Estados. Após o genocídio de 1994 o Ruanda retirou a reserva formulada ao artigo IX da Convenção de 1948, cfr. A. Schabas, William. *Genocide in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 526-527.

<sup>11</sup> Vide Acórdão Jean-Paul Akayesu, *case nr. ICTR-96-4-T*, ..., capítulo 1.2, parags. 3 - 4, a fls. 6.

<sup>12</sup> *Ibidem*, parag. 179, a fls. (...).

relatos das atrocidades cometidas durante o massacre da população Tutsi. Inúmeras violações e diversos actos de violência sexual foram perpetrados contra as mulheres e crianças Tutsis. Os relatos de violência sexual têm eco no processo através de várias testemunhas, as quais corroboraram a ocorrência de violência sexual na primeira pessoa e/ou a terceiros<sup>13</sup>. O que levou a acusação a alterar os factos pelos quais Akayesu se encontrava indiciado de forma a incluir a ocorrência de violência sexual, a qual ficou provada em sede de audiência<sup>14</sup>. Na sequência da alteração dos factos constantes da acusação, Akayesu foi condenado pela prática (entre outros) de violência sexual, a qual foi qualificada e punida como crime de genocídio segundo o disposto no artigo 2 (2) do estatuto do TPIR<sup>15</sup>.

## 2.2. A Decisão Akayesu e suas intersecções

A condenação obtida na Decisão Akayesu foi alcançada através de uma tripla intersecção: a intersecção entre o enunciado legal e os princípios de direito (perspectiva do direito como um meio interpretativo – Interpretativismo de Ronald Dworkin), a intersecção entre grupo étnico e género (perspectiva do Feminismo Pós-Moderno) e a intersecção entre ambas as perspectivas. Cumpre agora analisar cada uma delas:

### 2.2.1. Primeira Intersecção: Interpretativismo

Conforme afirma Ronald Dworkin em *O Império do Direito* (“[é] importante o modo como os juízes decidem os casos”)<sup>16</sup>, uma vez que da resposta a esta questão depende a *forma* como o caso será decidido em tribunal. A esta questão não é alheia a visão do que é o direito. Reconhecer o direito como uma actividade de interpretação com recurso a juízos de avaliação<sup>17</sup>, implica o reconhecimento de que o direito não se encontra (“esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios (...) Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas”)<sup>18</sup>. Implica, pois, reconhecer o direito como:

- uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido;

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, capítulo 1.2, parag. 6, a fls. 5 e parag. 416, 417 – 438 e 449 – 450 a fls. (...).

<sup>14</sup> *Ibidem*, pontos 12.A e 12.B da acusação, aditados em 17 de Junho de 1997.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Vide Dworkin, Ronald. *O Império do Direito*. Jefferson Camargo (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1999: p. 3 [interpolação nossa].

<sup>17</sup> Vide Santos Campos, André. *Glosas Abertas de Filosofia do Direito, Um Tronco Comum para Juristas e Filósofos*. Lisboa: Quid Juris, 2013, p. 161.

<sup>18</sup> Vide Dworkin, Ronald. *O Império ...*, p. 492.

- uma atitude contestadora que torna todo o cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância;
  - uma atitude (...) construtiva [uma vez que] sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor;
  - É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções.
- [No fundo] direito representa para nós: (...) as pessoas que queremos ser e (...) a comunidade que pretendemos ser<sup>19</sup>.

No seguimento do defendido por Ronald Dworkin, a Decisão Akayesu representa essa atitude interpretativa, auto-reflexiva, contestadora, construtiva e, simultaneamente, fraterna do direito e que tem por objectivo manter presente a «comunidade que pretendemos ser», uma comunidade que pretende acautelar o direito à existência de qualquer grupo, a liberdade, a integridade e o direito à vida de cada pessoa, com particular ênfase para as pessoas mais vulneráveis da sociedade.

Este pensar, actuar e «executar» o direito como uma actividade de interpretação parte de duas premissas: por um lado, a integridade do direito, que representa a coerência e a unidade do direito, devendo o direito ser entendido como um todo, por outro lado o entendimento segundo o qual a análise do direito vai além da letra da lei<sup>20</sup>, o que significa que o direito não é um produto acabado e meramente descritivo, mas sim algo que está em constante produção<sup>21</sup>.

Da primeira premissa resulta que cada caso concreto terá apenas uma decisão correcta, cabendo ao/à juiz/a a correcta interpretação do preceito legal, de acordo com os princípios do ordenamento jurídico, de forma a alcançar a única decisão correcta atenta a unidade e integridade do direito. Neste sentido a integridade do direito surge como resposta ao imperativo da segurança jurídica e à coerência do próprio ordenamento jurídico<sup>22</sup>.

Da segunda premissa resulta que extrair do texto legal todas as normas «invisíveis» que ele comporta, implica a distinção entre o enunciado e a/s norma/s aí

---

<sup>19</sup> *Ibidem.*

<sup>20</sup> *Vide Santos Campos, André. Glosas Abertas ...*, p. 165.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>22</sup> *Vide Dworkin, Ronald. O Império...*, pp. 265 e Santos Campos, André. *Glosas Abertas...*, pp. 164-166.

contida/s, em resultado da interpretação que dá visibilidade à/s norma/s contida/s no preceito legal e às quais o caso concreto é subsumido<sup>23</sup>.

Da conjugação de ambas as premissas resulta que nada é criado de novo, nada é acrescentado ao direito, porquanto tudo emana da letra da lei atenta a interpretação feita com base nos princípios que norteiam o ordenamento jurídico<sup>24</sup>.

Deste entendimento do que é o direito enunciado por Ronald Dworkin resulta que não há criação de algo novo, não há um activismo judicial, não há um poder discricionário do/a juiz/a, há sim uma interpretação do direito, que tem por base e sustentação a própria letra da lei, mas que vai sempre, e necessariamente, ao encontro dos princípios em vigor naquele momento no ordenamento jurídico, princípios esses que trazem à luz do dia, não o entendimento do/a jurisprudente do que será a justiça do caso concreto, mas sim, a justiça possível atento o imperativo legal e axiológico vigentes em um determinado momento e espaço. Como não poderia deixar de ser, o entendimento, a percepção e a tutela do próprio quadro axiológico sofrem alterações ao longo da conjuntura espaço-temporal, (algo salientado pelo próprio Ronald Dworkin no que respeita ao tempo)<sup>25</sup> o que torna a interpretação e concepção dos princípios (e a tradução dos mesmos na letra da lei) um produto de um determinado espaço-temporal.

Na sequência destas considerações há que salientar que a operação de extracção das normas contidas nos preceitos legais, através da interpretação dos princípios em vigor, é uma tarefa que será mais ou menos facilitada atenta a sensibilidade e consciência jurídica do/a jurisprudente. Neste sentido salientamos as palavras de Navanethem Pillay: ("Who interprets the law is at least as important as who makes the law, if not more so...")<sup>26</sup>. De facto as palavras de Navanethem Pillay revelam-se sábias, uma vez que, quem aplica o direito tem nas suas mãos a possibilidade de, correctamente, interpretar e aplicar a/s norma/s extraídas do preceito legal em respeito pelo conjunto de princípios em vigor no ordenamento jurídico, de forma a ser alcançada uma decisão que respeite o quadro axiológico em vigor e, assim, a integridade do próprio direito, algo que foi alcançado pela Decisão Akayesu fruto do trabalho desenvolvido pelo colectivo de juízes do processo.

---

<sup>23</sup> Vide Dworkin, Ronald. *O Império...*, pp. 22 e ss.

<sup>24</sup> Vide Santos Campos, André. *Glosas Abertas...*, p. 164 e 170.

<sup>25</sup> Vide Dworkin, Ronald. *O Império...*, pp. 167-168.

<sup>26</sup> Vide van Schaack, Beth. *Engendering Genocide...*, p. 25.

### 2.2.2. Segunda Intersecção: Feminismo Pós-Moderno

O Feminismo pós-moderno alerta para o facto de não haver uma experiência universal do que é ser mulher, uma vez que se verificam diversas discriminações em resultado das intersecções das categorias género, classe, grupo étnico, entre outras, dando assim origem a múltiplas experiências do que é ser mulher, atenta a classe, sociedade, grupo étnico em que se inserem. Desta forma, o combate à discriminação e à violência de género terá de ser enquadrado na experiência vivida por diferentes mulheres<sup>27</sup>, o que foi feito na Decisão Akayesu. Efectivamente, apenas as mulheres identificadas como Tutsis foram visadas na violência sexual<sup>28</sup>, o que ficou provado em sede de audiência de julgamento, registando-se, assim, uma intersecção entre as categorias género e grupo étnico. Verificou-se, portanto, o reconhecimento de que a experiência das mulheres, no Ruanda em 1994, não era uniforme, dependendo o seu «destino» do seu grupo étnico. É, pois, da intersecção entre as categorias género (Mulher) e grupo étnico (Tutsi) que resulta a aplicação do conceito de *genocidal rape*. A Decisão Akayesu contribuiu, assim, para dar visibilidade à experiência das mulheres em contexto de conflito armado, em particular, as mulheres visadas em casos de *genocidal rape*<sup>29</sup>. Conforme palavras de Catharine MacKinnon, a propósito da violência sexual ocorrida no conflito da ex-Yugoslavia ("It is the rape of misogyny liberated by xenophobia and unleashed by official command")<sup>30</sup>. No caso concreto, a interpretação dos conceitos violência sexual e genocídio e a subsunção dos factos provados ao disposto no artigo 2(2) (b) do Estatuto do TPIR permitiu que fosse feita justiça no caso concreto, uma vez que, a violência sexual ocorreu em determinadas circunstâncias, revestida de determinadas características e objectivos que a tornam parte integrante de um plano maior: a destruição da população Tutsi.

### 2.2.3. Terceira Intersecção: Interpretativismo e Feminismo Pós-Moderno

De forma a ser alcançada a punição da violência sexual como crime de genocídio, o conceito de violência sexual foi interpretado (e bem), como uma forma de infligir ofensa grave, física e moralmente, com vista à destruição no todo ou em parte de

---

<sup>27</sup> Vide Grant Bowman, Cynthia e M. Schneider, Elizabeth. "Feminist Legal Theory, Feminist Lawmaking, and the Legal Profession". *Fordham Law Review*, 1998, vol. 67, issue 2, pp. 251-252, pp. 249-271.

<sup>28</sup> Vide Acórdão Jean-Paul Akayesu, *case nr. ICTR-96-4-T*, ..., parag. 732.

<sup>29</sup> Vide van Schaack, Beth. *Engendering Genocide...*, p. 19.

<sup>30</sup> Vide MacKinnon, Catharine. "Crimes of War, Crimes of Peace". *UCLA Women's Law Journal*. 1993, vol. 4 (1), p. 66, pp. 59-86.

um determinado grupo, o que permitiu ao colectivo de juízes, qualificar a violência sexual praticada como genocídio e, assim, punir Akayesu nos termos do disposto do artigo 2(2)(b) do Estatuto do TPIR<sup>31</sup>. A interpretação realizada pelo colectivo de juízes permitiu não só a condenação de Akayesu pelo crime de genocídio nos termos do disposto no artigo 2(2)(b) do Estatuto TPIR<sup>32</sup>, como também promoveu a disseminação da terminologia *genocidal rape*, dando visibilidade aos crimes sexuais praticados com o intuito de destruir, no todo ou em parte, um determinado grupo étnico.

O entendimento por parte do colectivo de juízes, no sentido de interpretar e punir a violação sexual como *genocidal rape* foi acertado, uma vez que em causa estava a destruição de um determinado grupo étnico através da violência sexual. Esta decisão foi possível porque o colectivo de juízes teve em consideração o contexto dos crimes cometidos, uma vez que, tudo tem um tempo e um espaço. E foi a percepção do tempo e do espaço da prática da violência sexual, em 1994 no Ruanda, que permitiu enquadrar os factos na mais justa solução jurídica, uma vez que, não foi qualquer mulher que foi sujeita à violência sexual naquele período de tempo no Ruanda, «apenas» as mulheres Tutsi o foram. Para contextualizar a violência sexual perpetrada foi necessário entender que não há uma experiência universal do que é a violência sexual. Assim como não há uma experiência universal do que é ser mulher. No Ruanda, naqueles meses de 1994, ser uma mulher Tutsi ou ser uma mulher Hutu significava ter um destino completamente diferente. Foi essa a percepção que a Decisão Akayesu descortinou para lá do «óbvio».

### 3. Considerações Finais

A possibilidade de punir a violência sexual como genocídio já tinha sido debatida aquando dos relatos que davam conta da existência de *rape camps* na ex-Yugoslavia, com vista à gravidez forçada das mulheres muçulmanas<sup>33</sup>. Estes relatos levaram a que académicas e activistas desenvolvessem o conceito de *genocidal rape* como toda a ofensa física e/ou moral grave com o intuito de destruir o grupo étnico da mulher<sup>34</sup>. Assim, com base na jurisprudência resultante do processo Akayesu, designa-se por *genocidal rape* o recurso à violência sexual (*lato sensu* de forma a abranger *gang rape*, tortura sexual, tortura psicológica, *rape camps*, gravidez forçada, entre outros)

---

<sup>31</sup> Vide Acórdão Jean-Paul Akayesu, *case nr. ICTR-96-4-T...* parags. 597-598, 685-688 e 731-734.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Vide van Schaack, Beth. *Engendering Genocide...*, pp. 15-16.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

como instrumento de destruição (física, moral e social) de um determinado grupo étnico<sup>35</sup>. Desta forma, violência sexual será considerada como parte integrante do crime de genocídio conforme a circunstância e o fim visados<sup>36</sup>.

É, pois, com a Decisão Akayesu que a expressão *genocidal rape* nasce e se autonomiza, de forma, a dar visibilidade aos crimes sexuais perpetrados contra mulheres, homens e crianças em ambiente de conflito armado e que tenham por objectivo a destruição de um determinado grupo étnico<sup>37</sup>. Para além de dar visibilidade à violência sexual como arma de guerra, a jurisprudência em análise promoveu uma inovação ao nível da interpretação jurídica.

A Decisão Akayesu é, também, a expressão do contributo das Teorias Feministas, neste caso do Feminismo Pós-Moderno, na definição do direito ao moldar o mesmo através da inclusão da perspectiva feminista na interpretação do direito, dos preceitos legais e das normas extraídas dos mesmos à luz dos princípios em vigor no ordenamento jurídico. Tendo em consideração que, de acordo com Ronald Dworkin, a percepção do quadro axiológico de uma determinada comunidade sofre alterações ao longo da conjuntura espaço-temporal (neste sentido *vide* Dworkin<sup>38</sup> quanto ao decurso do tempo), assim se compreende a importância das Teorias Feministas na mudança de paradigmas e interpretações e construções sociais e jurídicas, na medida em que o direito tem sido, maioritariamente, construído pelos homens e para os homens, o que justifica a invisibilidade das questões de género em diversos diplomas, de que constitui exemplo a Convenção de 1948. Atendendo que ("[n]o human event occurs in a gender-free environment")<sup>39</sup>, as Teorias Feministas do Direito ajudam a denunciar o uso do falso neutro no direito. Deste modo, verifica-se o domínio de uma perspectiva de falsa objectividade, universalidade e neutralidade no enquadramento social e jurídico dos acontecimentos, fruto de uma tentativa de generalizar o conhecimento e experiência (os quais se encontram, desde logo, limitados por um determinado limite espaço-temporal e um determinado contexto socio-económico-cultural). Esta perspectiva construída a partir e através de uma experiência masculina como sendo universalmente normativa, pode influenciar o direito, no momento de legislar, interpretar e aplicar. Desta forma, a

---

<sup>35</sup> Vide Ellis, Mark. "Breaking the Silence: Rape as International Crime". *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2007, vol. 38, n.º 2, pp. 231, pp. 25-247.

<sup>36</sup> *Ibidem* p. 233.

<sup>37</sup> *Ibidem* p. 232.

<sup>38</sup> Vide Dworkin, Ronald. *O Império ...*, pp. 167-168.

<sup>39</sup> Vide Rafter, Nicole *et. al.* *Gender and Genocide* [em linha] 2013, p. 14 <[https://asc41.com/Annual\\_Meeting/2013/Presidential%20Papers/Rafter,%20Nicole-Bell,%20Kristin.pdf](https://asc41.com/Annual_Meeting/2013/Presidential%20Papers/Rafter,%20Nicole-Bell,%20Kristin.pdf)> [27 Agosto 2016].

actividade interpretativa que deveria contribuir para extrair as normas invisíveis contidas no preceito legal atentos os princípios jurídicos em vigor no ordenamento jurídico (o que, de facto aconteceu na Decisão Akayesu) poderá se traduzir numa interpretação «enviesada» desses mesmos princípios, e, conseqüentemente, na adopção de uma decisão incorrecta a qual ferirá a coerência e integridade do direito. Este é um real perigo que deriva de elementos (experiência de vida e sensibilidade jurídica) que podem, eventualmente, condicionar quem legisla, interpreta e aplica o direito. Desta forma a intersecção entre o Interpretativismo e o Feminismo Pós-Moderno permitirá (e no caso da Decisão Akayesu permitiu, de facto) adoptar a única decisão correcta e, conseqüentemente, defender e promover a auto-reprodução da integridade, da coerência e dos princípios do direito. Nesta senda e recordando as palavras de Ronald Dworkin anteriormente transcritas, não só é “importante o modo como os juízes decidem os casos” como também é importante a própria concepção que juízes e juízas têm do direito, pois tal terá repercussão na *forma*, no *modo* de dirimir os conflitos trazidos a tribunal<sup>40</sup>. Assim a concepção de direito como meio interpretativo promove a integridade e coerência do direito e a análise do preceito legal para além da letra da lei. E no caso da Decisão Akayesu esta tripla intersecção permitiu a adopção da única decisão correcta, atentos os factos dados como provados em tribunal.

O impacto desta Decisão foi de tal forma que, *a posteriori*, foram «erguidos obstáculos» à aplicação *mutatis mutandis* do conceito *genocidal rape* em processos semelhantes. O que é bastante elucidativo da forma como a classe/ género dominante reage perante a «ameaça» ao sistema em vigor: simplesmente «ergue» obstáculos. Não só a Decisão Akayesu é a decisão certa, como é a ameaça a um determinado *status quo* de uma determinada masculinidade normativa que teve como seu escudo o aparelho do Estado, e que pretende assegurar a sobrevivência de todos aqueles que tendo o poder para impedir o massacre, incentivaram-no com contornos particularmente grotescos, através da violência sexual. E a sobrevivência dessa masculinidade que pretende ser normativa não se compadece com a multiplicação de «decisões» Akayesu. Ainda assim, e fruto do trabalho do *lobby* feminista desenvolvido aquando da elaboração do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, foi feita menção às questões de género naquele Tratado Internacional. Mas note-se que não se verificou uma autonomização do crime de violação ou porventura de uma categoria de crime mais abrangente como Violência

---

<sup>40</sup> Vide Dworkin, Ronald. *O Império ...*, pp. 3 e 5.

Sexual ou ainda Violência Sexual e de Género. Não obstante, o facto de quer a Decisão Akayesu quer a Decisão Gacumbitsi de 2006, e os seus efeitos se terem repercutido ao nível da legislação (federal e internacional), é já uma conquista, uma vez que, e como frisa Catharine MacKinnon (“Behind all law is someone’s story; someone whose blood, if you read closely, leaks through the lines. Text does not beget text; life does. The question (...) is whose experience grounds that law.”)<sup>41</sup>. E foi essa experiência (dolorosa e mortal) que ajudou forjar a legislação sobre violência sexual no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Foi a experiência pessoal de todas as mulheres e crianças Tutsis que sofreram violência sexual, experiência essa que ganhou uma dimensão política, como já décadas antes tinha frisado Carol Hanisch ao mencionar que (“personal problems are political problems”)<sup>42</sup>. Dimensão política que se traduziu na sinalização da violência sexual em conflitos armados, promovendo a condenação do primeiro político pela prática de *genocidal rape* e promovendo, ainda, a elaboração de legislação (talvez não a ideal mas a necessária e a possível naquele contexto espaço-temporal), com vista a iniciar uma longa caminhada na protecção dos direitos de todas as pessoas que se encontram, particularmente vulneráveis, perante o brotar de um intento genocida.

### Referencias Bibliográficas

- Acórdão Jean-Paul Akayesu, *case nr. ICTR-96-4-T, Chamber I*, de 2 de Setembro de 1998.
- Acórdão Sylvestre Gacumbitsi, *case nr. ICTR 2001-64-T, Chamber I*, de 17 de Junho de 2004.
- Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, aprovada e proposta para assinatura e ratificação ou adesão pela resolução 260 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 9 de Dezembro de 1948.
- Dworkin, Ronald. *O Império do Direito*. Jefferson Camargo (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- Ellis, Mark. “Breaking the Silence: Rape as International Crime”. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2007, vol. 38, n.º 2, pp. 25-247.
- Estatuto do Tribunal Penal Internacional, adoptado em Roma a 17 de Julho de 1998.
- Estatuto do Tribunal Penal Internacional para julgar as pessoas responsáveis por violações graves ao Direito Internacional Humanitário cometidas em território da ex-Yugoslavia desde 1991, adoptado pelo Conselho de Segurança a 25 de maio de 1993 (Resolução n.º 827 (1993), de 25 de Maio de 1993).

---

<sup>41</sup> Vide MacKinnon, Catharine. “Crimes of War ... p. 59.

<sup>42</sup> Vide Hanisch, Carol. “The Personal is Political” [em linha], Fevereiro 1969 <<http://www.carolhanisch.org/CHwritings/PIP.html>> [27 Agosto 2016].

- Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda, adoptado pelo Conselho de Segurança a 8 de Novembro de 1994 (Resolução n.º 955 S/RES/955 (1994)), e alterado pela Resolução do Conselho de Segurança n.º 1329, de 30 de Novembro 2000.
- Grant, Cynthia e Schneider, Elizabeth. "Feminist Legal Theory, Feminist Lawmaking, and the Legal Profession. *Fordham Law Review*, 1998, vol. 67, issue 2.
- Haffajee, Rebecca. "Prosecuting crimes of rape and sexual violence at the ICTR: the application of Joint Criminal Enterprise Theory". *Harvard Journal of Law & Gender*, 2006, vol. 29.
- Hanisch, Carol. "The Personal is Political" [em linha], Fevereiro 1969 <<http://www.carolhanisch.org/CHwritings/PIP.html>> [27 Agosto 2016].
- Leandro, Francisco José. "A responsabilidade criminal dos chefes militares no Estatuto de Roma (artigo 28.º)". *Direito e Justiça*. Lisboa: vol. especial, 2006.
- Lemkin, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* [em linha] 1944, <[https://books.google.pt/books?id=y0in2wOY-W0C&pg=PA79&hl=pt-BR&source=gbs\\_toc\\_r&cad=4#v=onepage&q&f=false](https://books.google.pt/books?id=y0in2wOY-W0C&pg=PA79&hl=pt-BR&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false)> [27 Agosto 2016].
- MacKinnon, Catharine. "Crimes of War, Crimes of Peace". *UCLA Women's Law Journal*. 1993, vol. 4 (1).
- "Defining Rape Internationally: a comment on Akayesu". *Columbia Journal of Transnational Law*, 2006.
- McGlynn, Clare *et al.* (coords.). "Rethinking Rape Law: An Introduction". *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives*. NY: Routledge, 2010.
- Rafter, Nicole *et. al.* *Gender and Genocide* [em linha] 2013, <[https://asc41.com/Annual\\_Meeting/2013/Presidential%20Papers/Rafter,%20Nicole-Bell,%20Kristin.pdf](https://asc41.com/Annual_Meeting/2013/Presidential%20Papers/Rafter,%20Nicole-Bell,%20Kristin.pdf)> [27 Agosto 2016].
- Recurso do Acórdão ICTR-96-4-T, *Recurso n.º ICTR-96-4-A*, de 23 de Novembro de 2001.
- Resolução GA. Res. 96 (I), *The Crime of Genocide*, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 11 de Dezembro de 1946.
- Santos Campos, André. *Glosas Abertas de Filosofia do Direito, Um Tronco Comum para Juristas e Filósofos*. Lisboa: Quid Juris, 2013.
- Schabas, William. *Genocide in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Van Schaack, Beth. *Engendering Genocide: The Akayesu Case Before the International Criminal Tribunal for Rwanda*. [em linha] Santa Clara University School of Law, 2008, <<http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=810001098099073016002095119083126014105075065059020026109102109004092018110095004123022050008059054001039118000122001085003115110027068000046091125005078001090093037022075024082002019087072082030069087117066007001064004113074097070098119085121088068&EXT=pdf>> [27 Agosto 2016].

# **LA VIOLENCIA HACIA LAS MUJERES EN EL AMBITO LABORAL: ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO**

## **THE VIOLENCE TOWARD WOMEN IN THE WORKPLACE: SEXUAL HARASSMENT AND HARASSMENT FOR REASON OF SEX.**

Virginia Carrera Garrosa.  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** La violencia hacia las mujeres es un fenómeno estructural basado en creencias sociales que mantienen el sometimiento de género. Esta violencia se manifiesta en la esfera de lo privado y de lo público. En nuestra legislación las víctimas legales de violencia de género son aquellas que sufren agresiones por parte de la pareja o ex pareja, considerando esto el ámbito privado de la vida de una persona. Existen otras formas de violencia hacia las mujeres, las cuales, se manifiestan en exclusiva en determinadas actividades de la vida diaria de una mujer, es decir en el ámbito de lo público. En estos casos nos referimos a la violencia que sufren las féminas en el ámbito laboral. Una violencia que sufren las trabajadoras por el hecho de ser mujeres. Hay dos formas manifiestas de violencia hacia las mujeres en el mundo del trabajo: el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. El objeto de esta comunicación es profundizar en esta problemática y acercarnos a estas situaciones desde la perspectiva social.

**Palabras claves:** Violencia, Acoso sexual, Acoso por razón de sexo, Derechos laborales.

**Abstract:** Violence towards women is a structural phenomenon based on social beliefs that maintain gender subjection. This violence is manifested in the sphere of the private and the public. In our legislation the legal victims of gender violence are those who suffer aggression from the partner or ex-partner, considering this the private sphere of a person's life. There are other forms of violence towards women, which are manifested exclusively in certain activities of a woman's daily life, ie in the public sphere. In these cases we refer to the violence suffered by women in the workplace. Violence suffered by women workers because they are women. There are two overt forms of violence against women in the world of work: sexual harassment and harassment on the basis of sex. The purpose of this communication is to deepen this problem and approach these situations from the social perspective.

**Keywords:** Violence, Sexual harassment, Harassment on grounds.

### **1. Introducción a la violencia hacia las mujeres**

El hecho de hablar de violencia hacia las mujeres en el ámbito laboral, nos lleva de forma inevitable aproximarnos al estudio del género. Al hablar de género no estamos aludiendo en ningún caso a la oposición biológica de carácter sexual entre el hombre y la mujer, sino al contrario, lo que se hace referencia con ello es toda una construcción social a través de la cual son adjudicadas expectativas, creencias y valores atribuidos a hombres y mujeres en base a los roles que se les asigna respecto a su sexo biológico.

Con este término, desde la década de los setenta del siglo pasado, se hace referencia al sexo de una persona desde el punto de vista concreto de las diferencias

sociales y culturales, en clara oposición a las de carácter biológico.

Al hablar de violencia de género nos referimos a aquella ejercida contra las mujeres como una manifestación de las desiguales relaciones de poder en nuestra sociedad, siendo por ello una violencia basada en el sexo y explicada desde los desequilibrios entre mujeres y hombres. Es una violencia dirigida hacia la mujer por el hecho de ser mujer.

Esta violencia específica contra las mujeres, hace referencia a un conjunto de agresiones con fundamento en la situación de discriminación, desigualdad y de subordinación, fruto de los roles sociales perpetuados de una sociedad patriarcal.

Las formas de ejercer esta violencia, que basa su mantenimiento en la creencia errónea durante siglos, de la superioridad del hombre sobre la mujer, es variada: violencia en la relación de pareja, acoso sexual, acoso laboral por razón de sexo, violación, trata con fines de explotación sexual, prostitución<sup>1</sup>. Aunque solo es considerada violencia de género, según la normativa actual, art 1 de la ley y Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”.

La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

Este artículo se va a centrar en analizar dos formas de violencia hacia las mujeres: el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

## **2. La violencia hacia las mujeres y el compromiso Institucional**

A partir de los años 40 del siglo XX se ponen en marcha múltiples iniciativas internacionales para combatir la violencia hacia la mujer. Son múltiples los compromisos adquiridos por las instituciones para combatir la violencia de género, por poner algunos ejemplos recordemos que la Carta de Naciones Unidas de 1945 reafirma la igualdad de derechos entre hombres y mujeres o la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer en 1985 plantea actuaciones concretas a los Estados, en 1993 la Asamblea General de las Naciones Unidas, define la

---

<sup>1</sup> Carrera, Virginia. *La violencia de género en el ámbito laboral: víctimas fuera, víctimas dentro. Igualdad, retos para el siglo XXI*. Santiago de Compostela: Andavira, 2012.

violencia contra la mujer como una violencia estructural motivada en el género que existe en la vida pública y privada. Asimismo, la Plataforma de Acción de Beijing aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en septiembre de 1995 recoge entre sus objetivos estratégicos un apartado específico sobre la violencia contra las mujeres.

La Comunidad Europea, atendiendo a los resultados de las diversas reuniones y compromisos internacionales, elabora diferentes acciones situando en un lugar destacado entre sus quehaceres políticos el problema de la violencia hacia las mujeres.

Respecto a la temática que nos ocupa, debemos destacar que también existe una preocupación internacional a la hora de combatir esta forma de violencia.

Desde 1958, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con la adopción del Convenio 111, define la discriminación en el empleo como

Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Dando herramientas de análisis para considerar la discriminación por razón de sexo como una situación perjudicial en el ambiente de trabajo.

Dicha organización insta a los países miembros a dictar regulaciones para crear un ambiente de trabajo libre de acoso laboral. La OIT ha señalado el acoso sexual y el acoso por razón de sexo como una violación de los derechos fundamentales de las trabajadoras y trabajadores declarando que constituye un problema de seguridad y salud, un problema de discriminación, una inaceptable situación laboral y una forma de violencia (primariamente contra las mujeres).

De modo característico, el acoso sexual hay que entenderlo como una forma de discriminación por razón del sexo; así, una Comisión de Expertos de la OIT ha condenado el acoso sexual en virtud del ya citado, Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación de 1958.

En 1985, la Conferencia Internacional del Trabajo reconoció que el acoso sexual en el lugar de trabajo deteriora las condiciones de trabajo y las perspectivas de empleo y promoción, y abogaba por la incorporación de medidas para combatirlo y evitarlo en las políticas para progresar en la igualdad

En nuestro país, la Ley 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres en el Título I, art.7 define las dos formas de violencia que se dan el entorno laboral, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Dicha norma integra en el

Estatuto de los Trabajadores, norma básica del ámbito laboral, en su artículo 85, el deber de negociar lo previsto en el artículo 48 de la Ley 3/2007 la obligación de negociar medidas específicas para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo' artículo 48 Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.

Podemos observar que en todos los enunciados y acuerdos anteriormente citados se reconoce la relación existente entre el acoso sexual y de por razón de sexo y la situación social de discriminación de la mujer, es decir, de sometimiento de género.

Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos.

### **3. Formas de violencia hacia las mujeres en el ámbito laboral**

Partiendo del hecho de que el espacio laboral suele presentar una jerarquía en la que se generan relaciones de poder, la concepción de la violencia hacia las mujeres existente en nuestra sociedad desde la propia perspectiva de género hace que la primera esté presente en la esfera del trabajo, sin olvidar otras como la de las relaciones de pareja o las genéricas relaciones sociales<sup>2</sup>.

Las relaciones sociales de género se expresan en una ocupación desigual de poder entre hombres y mujeres, generando situaciones de tensión y violencia que afectan, fundamentalmente, a las mujeres<sup>3</sup>. El acoso por razón de sexo y el acoso sexual en el trabajo son manifestaciones de la violencia, muy extendidas en los espacios

---

<sup>2</sup> Monereo, José Luis y Triguero, Luis Ángel. "El Derecho Social del trabajo y los derechos sociales ante la violencia de género en el ámbito laboral". *Anales de derecho*. 2012, 30, pp. 42-89.

<sup>3</sup> Acevedo, Dori, Biaggil, Yajaira y Borges, Glanes. "Violencia de género en el trabajo. Acoso sexual y hostigamiento laboral". *Revista Venezolana de estudios de la Mujer*, 2009, 14, p. 32.

laborales.

Los primeros estudios sobre el acoso laboral se ubican en 1990 con el trabajo de Heinz Leymann acerca del mobbing y el terror psicológico en el trabajo. El concepto al que hace referencia el “padre” del *mobbing* se define como:

Una situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media unos seis meses) sobre otra persona o personas, respecto de las que mantiene una relación asimétrica de poder, en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo.

Se puede observar, en estos estudios, que no se aplica la perspectiva de género a la problemática, al contrario, Leymann se ocupa de formalizar una definición de carácter global que de alguna manera supuso el principio a la hora de analizar los patrones conductuales y consecuenciales del acoso laboral en cualquiera de sus modalidades.

Se observa un creciente interés por estudiar e intervenir este fenómeno por su amplitud y porque afecta a parte importante de la población trabajadora.

Actualmente encontramos una mayor cantidad de trabajos científicos sobre el tema y en varios países se han formulado legislaciones específicas para atender y prevenir la violencia en el trabajo, Suecia, Noruega, Francia, Bélgica o España han aprobado leyes para prevenir y sancionar el acoso en el trabajo.

La perspectiva de género en la violencia en el empleo, es aún más reciente, respondiendo a un mayor interés por el enfoque de género en el análisis de las relaciones laborales y por las constataciones de una mayor incidencia en la victimización laboral de las mujeres.

Integrar la perspectiva de género en el análisis de la violencia laboral no debe limitarse a observar las diferencias estadísticas de sexo, sino que debe incorporarse el análisis de las relaciones sociales de género y las relaciones de poder en el medio laboral<sup>4</sup>.

La violencia de género en el trabajo se origina en las relaciones laborales y se

---

<sup>4</sup> Garcia, Ada, Hacourt, Bernard y Bara Virginia. “Harcèlement moral et sexuel. Stratégies d’adaptation et conséquences sur la santé des travailleurs et des travailleuses” [en línea], *PISTES* 7(3), 2005, <<http://www.pistes.uqam.ca>>, [15 agosto 2016].

manifiesta en acciones y situaciones de acoso sexual y por razón de sexo.

Estas realidades se consideran una expresión de las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres. La violencia de género en el trabajo puede tener consecuencias extremas en las que la mujer se puede ver abocada al abandono del puesto de trabajo resolviendo el contrato por su voluntad según el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.

La manifestación de la violencia de género en el ámbito laboral en sus dos formas debe considerarse en todo momento como contrarias al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, son una forma de discriminación por razón de sexo y una manifestación de la violencia hacia la mujer.

Desde una perspectiva social estas formas de violencia de género tienen unos indicadores claros a la hora de ser determinadas.

En el acoso sexual el objetivo es imponer el poder y espacio masculino a través de la imposición sexual, así el estereotipo social se trasmite a la relación laboral, convirtiéndose en una cuestión en muchos casos de poder y no de sexualidad. Esta forma de violencia hacia las mujer puede ir desde los requerimientos o propuestas, chistes, bromas, comentarios, exhibición de carteles o fotografías con contenido sexista, comportamientos físicos indeseados hasta la agresión sexual.

En el acoso sexual nos encontramos, por un lado, el chantaje sexual, el cual es llevado a cabo por personas del entorno laboral de la víctima que tienen poder o pueden influir sobre las condiciones de trabajo de ésta y que utilizan esta posición para conseguir sus objetivos. También coexiste el acoso sexual ambiental, el cual crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto del mismo. Aquí no hay relación directa entre la intimidación sexual y las condiciones de trabajo, pero de manera indirecta va a influir en el empleo de la víctima.

El primero es un supuesto de discriminación directa, marcado por una posición superior del acosador en la relación de puestos de trabajo de la empresa o centro de trabajo respecto a su víctima. La principal manifestación de este caso es la supeditación de determinados derechos laborales y condiciones de trabajo a la aceptación de la víctima de la propuesta sexual constitutiva del acoso.

Por su parte, el segundo, el acoso ambiental, es una manifestación de la discriminación indirecta, ya que se identifica con el acoso que ejecuta cualquier compañero de trabajo creando y aprovechando un ambiente laboral claramente insalubre para la víctima o posible víctima del mismo.

Ambos casos conducen de un modo claro y directo a la consideración jurídico-política de este acoso como un riesgo laboral amenazante para la integridad, seguridad psíquico-física y salud laboral de la mujer con más que posibles consecuencias de exclusión social y laboral<sup>5</sup>.

Según datos de la Organización Internacional del Trabajo en el año 2007, en la Unión Europea entre el 40 y el 50 por ciento de las mujeres habían denunciado alguna forma de acoso sexual en el lugar de trabajo. En nuestro país los resultados están por debajo de la media Europea y nos indican que el 14 por ciento de las mujeres trabajadoras en España han sufrido alguna situación de acoso sexual<sup>6</sup>.

Una investigación realizada en España por la Secretaría de Políticas de Igualdad reveló que 15% de las trabajadoras españolas han sufrido acoso sexual en el año previo a la entrevista, resultando que en 58% de los casos el acosador fue un compañero de trabajo y en 20,6% sus superiores directos.

En este sentido, hay que recordar, que el Estatuto de los Trabajadores recoge como derecho laboral básico de todo trabajador y trabajadora en su artículo 4º el “respeto a su intimidad, la consideración de su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o condiciones, discapacidad, edad u orientación sexual”

Por su parte, el acoso por razón de sexo, consiste en la realización de actuaciones ofensivas, autoritarias, insultantes y humillantes para la víctima, que merman su autoestima con el objetivo de que abandone su puesto de trabajo. Indistintamente y en cualquier caso, nos encontramos con que este *acoso* desde la perspectiva de género encuentra su fundamento en el hecho de que la tradicional posición de dominio del hombre sobre la mujer es trasladada al ámbito laboral.

Ámbito en el que no sólo se podría originar un acoso por razón de sexo en base a esta situación entre personas trabajadoras (hombres y mujeres) del mismo rango y categoría profesional –*acoso* horizontal-, sino que habría que unir la posibilidad de que el hombre acosador tuviese un posición profesional superior a la de la mujer, con lo que esta posición subordinada de la mujer al hombre, se vería acentuada por la propia jerarquía de la relación de puestos de trabajo de la empresa o centro de trabajo –*acoso* descendente-, hecho que podría ser aprovechado por el hombre para aumentar sus conductas hostigadoras. E igualmente, en sentido inverso, la mujer puede ser objeto de

---

<sup>5</sup> Monereo, José Luis y Triguero, Luis Ángel. “El Derecho Social del trabajo...”

<sup>6</sup> MTAS, 2005.

acoso por razón de sexo acrecentado por las presiones del hombre situado profesionalmente en un puesto inferior a ella, con la pretensión de facilitar y presionar así su ascenso desde una concepción y perspectiva de género: el tradicional y rechazable pensamiento de la reducción del trabajo de la mujer al ámbito del hogar y del hombre al ámbito público –*acoso* ascendente<sup>7</sup>, declaración hecha por Soledad Murillo, Secretaria General de Políticas de Igualdad a Europa Press, el veintiséis de abril de 2006.

Las razones por las que se puede producir este tipo de hostigamiento son variadas, desde que la víctima asuma tareas que tradicionalmente han sido asignadas a las mujeres, como ejercitar alguna medida de tipo laboral que tenga que ver con la maternidad, o bien el hecho de no asumirlas, como puede ser desempeñar un cargo directivo asignado habitualmente al rol masculino. Como hechos concretos por los que se produce este tipo de acoso se encuentra la llegada de una mujer a una tarea tradicionalmente masculinizada, como pueden ser las responsabilidades de dirección; el desempeño de una profesión en un sector ocupado en su inmensa mayoría por hombres o aquellas situaciones relacionadas con la maternidad o la crianza. En este último supuesto se incluyen los casos de acoso durante el embarazo. En este particular se detecta temor por parte de la trabajadora a informar de su estado a la empresa por miedo a una modificación de las condiciones de trabajo o a la no renovación del contrato en el caso de una relación laboral de carácter temporal. También se encuentran problemas a la hora de gestionar la prestación por riesgo durante el embarazo y en aquellos supuestos en los que la trabajadora causa incapacidad temporal derivada del embarazo. Hechos como el incremento de la carga de trabajo para el resto de la plantilla, al no ser sustituida ésta, convierten una situación de responsabilidad de la empresa en un fenómeno que recae en el personal, creando un ambiente hostil hacia esta realidad y en muchos casos hacia las propias trabajadoras embarazadas. El acoso tampoco disminuye después del nacimiento o la adopción, durante la suspensión del contrato por maternidad la trabajadora no siempre es sustituida lo que contribuye a crear un ambiente laboral en el que la maternidad se ve como un problema para la empresa, en similitud con la anterior situación.

Finalizado este permiso la situación no es menos alarmante, las conductas de acoso tienen que ver con reformas en las condiciones del contrato de manera arbitraria y las dificultades a la hora de poder utilizar algunos de los derechos reconocidos en el

---

<sup>7</sup> Monereo, José Luis y Triguero, Luis Ángel. “El Derecho Social del trabajo...”

Estatuto de los Trabajadores respecto a la conciliación de la vida laboral y familiar. Estas situaciones en muchos casos provocan un despido indirecto.

La Encuesta de Calidad de Vida en el Trabajo publicada por el Ministerio de Trabajo nos indica que son las mujeres las que dedican más tiempo al cuidado de los menores, y a la pregunta de cuánto les afectaría la maternidad o paternidad en su vida laboral, un 25.4% de mujeres indican que sería negativa en su vida laboral, frente a un 9.9% de hombres que lo consideran así.

La Encuesta de Fecundidad, Familia y Valores, publicada por el CIS y CSIC, arroja los siguientes datos entre las mujeres ocupadas: un 28% asegura que la maternidad le obligó a reducir su actividad; otro 28% afirma que tuvo que interrumpir su trabajo durante al menos, un año; un 21% vio limitadas sus oportunidades de promoción; un 8% afirma haber sufrido situaciones de discriminación en su trabajo y, nada menos que un 17% afirma haberse visto obligada a dejar de trabajar al ser madre. Así un 60% de las mujeres encuestadas afirmó que tener hijas o hijos se convierte en un obstáculo a la carrera profesional de las mujeres.

#### **4. Efectos de la violencia de género en el trabajo**

La violencia de género en el trabajo tiene un impacto negativo en la salud de las mujeres, en su integridad física y moral, en su rendimiento laboral y en su estabilidad en el empleo<sup>8</sup>.

En definitiva, no sólo es el malestar psicológico de la propia mujer, sino también, se ve afectado su rendimiento laboral y, por supuesto, el de la empresa o centro de trabajo al que perteneciese.

El resultado es que este acoso sexual o acoso por razón de sexo en el trabajo desde la perspectiva de género, ha sido analizado por la diferentes teorías y disciplinas y es concebido como la posible contraprestación que las mujeres padecen ante el intento de una ruptura unilateral y clara del papel socialmente atribuido a su género, por el claro intento de compaginar el ámbito privado y el ámbito público laboral, manteniendo las responsabilidades familiares como asunción propia de su rol de género.

---

<sup>8</sup> Khan, Naira. "Acoso sexual de mujeres en el trabajo. Consecuencias organizacionales y para la salud. Mujeres en riesgo. Develando lo oculto para la salud de las trabajadoras". *Cuadernos Mujer Salud*, 1997, 2, pp. 138- 142.

## 5. Posible solución para abordar esta problemática

En todos los Estados miembros de la Unión Europea, la negociación colectiva constituye el instrumento de regulación de las condiciones de trabajo y de las relaciones laborales. Aunque últimamente ha vivido una serie de transformaciones que modifican sus funciones

Y se podría seguir considerando que constituye una herramienta elemental para la mejora de la conciliación de la vida laboral y familiar y de las condiciones de trabajo.

En nuestro país la Constitución Española, C.E., de 1978 y en concreto sus artículos 7, 28 y 37, otorgan a la negociación colectiva una esencial función en la regulación de las condiciones de trabajo y de las relaciones laborales. Desde ella, los convenios colectivos se conciben como instrumento adecuado para la introducción en la empresa de garantías de los derechos sociales que la propia Constitución reconoce, entre ellos el de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo<sup>9</sup>.

No debemos olvidar que en el 2007, con la aprobación de la Ley para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, se modifica la negociación colectiva introduciendo nuevos contenidos y un nuevo protagonista para la consecución de la igualdad en el ámbito laboral: el Plan de Igualdad

La Ley de Igualdad detalla las características básicas del plan de igualdad, desde su definición hasta su marco de aplicación. De esta forma, se describe como el conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo.

Para este cometido se plantea la necesidad de enumerar unos objetivos concretos, los mecanismos para alcanzarlos y las herramientas de seguimiento y evaluación de las cuestiones planteadas.

La norma contempla, a su vez, a título no exclusivo, las materias objeto del plan de igualdad, como son: acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo. Es decir, las cuestiones básicas de las relaciones laborales. Podemos detectar la preocupación de dicho

---

<sup>9</sup> Art.14 C.E

instrumento por la materia objeto de estudio de este artículo. Conociendo la intervención de los planes de igualdad en el ámbito de la violencia de género en el empleo podemos reconocer, este instrumento, junto con la negociación colectiva clásica y el protagonismo que ésta le otorga al convenio colectivo, una herramienta para abordar la violencia de género en el ámbito laboral.

Debemos destacar, que dentro de los planes de igualdad y las medidas a implementar en las empresas a través de la negociación colectiva, la firma de protocolos de actuación en casos de acoso sexual y por razón de sexo son el instrumento, quizás, más acertado para prevenir y abordar las situaciones de acoso en el ámbito laboral.

El objetivo que debe perseguir un protocolo de intervención, es que no se produzcan situaciones de acoso, y si ocurre, garantizar que se dispone de los procedimientos adecuados para tratar el tema y evitar que se repita. Por consiguiente, este protocolo debe acometer el fomento de la elaboración y la puesta en práctica de criterios generales que establezcan unos entornos laborales libres de acosos y en los que las mujeres y hombres respeten mutuamente su integridad y dignidad.

En consecuencia, el Protocolo debe comprometerse a regular las situaciones que puedan suponer acoso en el trabajo, estableciendo un método que se aplique a su prevención, con las debidas garantías y tomando en consideración las normas constitucionales, laborales y las declaraciones relativas a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Los protocolos de actuación deben incluir medidas preventivas, las cuales pueden abarcar tres áreas: comunicación, responsabilidad y formación.

En primer lugar al hablar *comunicación*, hay que enmarcar estas medidas en el área de comunicación interna de la empresa, garantizando el conocimiento efectivo del protocolo a todas las personas integrantes de la empresa.

Introducir la *responsabilidad* que tienen todos los trabajadores y trabajadoras de ayudar a garantizar un entorno laboral en el que se respete la dignidad, es una fórmula preventiva a incluir en cualquier protocolo. Sin olvidar que la dirección y mandos, por su gravamen propio en la empresa, deberán tener especialmente encomendada la labor de garantizar que no se produzca acoso de algún tipo bajo su poder de organización.

Por último, es clave utilizar la *formación* como recurso preventivo a implantar en cualquier protocolo. Dicha actividad debe ir en línea con el compromiso de tolerancia cero hacia cualquier conducta constitutiva de acoso. Esta materia debe ser

incluida en los programas de formación existentes en la empresa.

Es necesario, desarrollar un procedimiento de actuación, que debe activarse una vez que se ha detectado una situación constitutiva de acoso. A lo largo de todo el procedimiento se debe mantener una estricta confidencialidad, y garantizar que todas las investigaciones internas se llevarán a cabo con el debido respeto

En esta fase se debe contemplar que personas van a ser responsables de la fase de instrucción así como las sanciones que podrán ser aplicadas si se constata una situación de acoso.

## **6. Conclusiones:**

- Los factores que mantienen la violencia contra las mujeres son la situación de discriminación de la mujer y la posición asimétrica de poder entre hombres y mujeres, por ello, mientras esta situación se mantenga, la violencia de género no podrá ser erradicada del ámbito laboral
- La violencia hacia las mujeres es un problema estructural que deber ser abordado de manera integral y en todos los ámbitos de la sociedad, tanto de la esfera pública como de la privada.
- Los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género suponen un avance en la protección de las víctimas
- El acoso sexual y el acoso por razón de sexo, repiten en las relaciones laborales, los estereotipos sociales que mantienen las diferencias entre mujeres y hombres. Siendo por ello necesario elaborar herramientas de actuación para combatir la violencia en el entorno laboral y despenalizar profesionalmente las situaciones derivadas de la crianza y la maternidad.
- Los centros de trabajo deben garantizar el derecho de las trabajadoras y los trabajadores a ser tratados con dignidad, ofreciendo un entorno laboral seguro y saludable, libre de cualquier tipo de acoso.
- Es necesario adoptar medidas para prevenir las situaciones de acoso sexual y por razón de sexo, así como proteger a las víctimas mediante la adopción de medidas disciplinarias hacia los agresores.
- La lucha contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en la negociación colectiva pueden suponer un avance en la prevención y en las garantías laborales y sociales de las víctimas.
- Los protocolos de actuación en los casos de acoso sexual y acoso por

razón de sexo, suponen un instrumento para la prevención, así como, una herramienta a la hora de intervenir en estas situaciones

### Referencias Bibliográficas

- Acevedo, Dori, Biaggil, Yajaira y Borges, Glanes. "Violencia de género en el trabajo. Acoso sexual y hostigamiento laboral". *Revista Venezolana de estudios de la Mujer*, 2009, 14.
- Carrera, Virginia. *La violencia de género en el ámbito laboral: víctimas fuera, víctimas dentro. Igualdad, retos para el siglo XXI*. Santiago de Compostela: Andavira, 2012.
- *Los planes de igualdad en la empresa privada: contenidos y fases. Realidad de Salamanca y provincia. ¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad*. Santiago de Compostela: Andavira, 2012.
- Del Pozo, Marta. *La violencia contra las mujeres: concepto, contexto y tipos de violencia. Estudios Interdisciplinarios de Género*. Madrid: Iustel, 2009.
- García, Ada, Hacourt, Bernard y Bara Virginia. "Harcèlement moral et sexuel. Stratégies d'adaptation et conséquences sur la santé des travailleurs et des travailleuses" [en línea], *PISTES* 7(3), 2005, <[http:// www.pistes.uqam.ca](http://www.pistes.uqam.ca)> [ 7 agosto 2016].
- Hirigoyen, Marie France. *El acoso moral, el maltrato psicológico en la vida cotidiana*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1999.
- Khan, Naira. "Acoso sexual de mujeres en el trabajo. Consecuencias organizacionales y para la salud. Mujeres en riesgo. Develando lo oculto para la salud de las trabajadoras". *Cuadernos Mujer Salud*, 1997, 2.
- Leymann, Heinz. "Mobbing en el Trabajo". *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996.
- Martín, Fernando. "Elementos clave en la tutela judicial del derecho de igualdad entre mujeres y hombres: pretensión, legitimación y prueba". En Álvarez, Enrique, Figueruelo, Ángela y Nuño, Laura (dir.). *Estudios interdisciplinarios sobre Igualdad*. Madrid: Iustel, 2011.
- Monereo, José Luis y Triguero, Luis Ángel. "El Derecho Social del trabajo y los derechos sociales ante la violencia de género en el ámbito laboral". *Anales de derecho*. 2012, 30.
- Murillo, Soledad. *Relaciones de poder entre hombres y mujeres. Los efectos del*

*aprendizaje de rol en los conflictos y en la violencia doméstica*. Madrid: Federación de Mujeres Progresistas, 2000.

Salin, Denise. “Harcèlement au travail chez les professionnels du milieu des affaires. Prévalence, différences selon le genre et rôle de la culture organisationnelle” [en línea]. *Pistes*, 2005, 7(3). <<http://www.pistes.uqam.ca>> [7 agosto 2016].

# DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO DA IDENTIDADE DE GÉNERO. UM ULTRAJE À DIGNIDADE DA PESSOA

## DISCRIMINATION FOR EACH GENDER IDENTITY. AN OUTRAGE OF HUMAN DIGNITY

Ana Paula Guimarães<sup>1</sup>

*Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT).*

**Resumo:** Em pleno século XXI continuamos a assistir a repetidas violações dos direitos humanos. A diversidade étnica, a multiplicidade cultural, a pluralidade religiosa, a variedade identitária, a diferença de género são algumas das causas de conflitos entre populações, grupos e indivíduos. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade de todos os indivíduos, incompreensivelmente, continua a ser uma quimera em muitos cantos do planeta. O princípio da não discriminação, enquanto baluarte de uma sociedade humanista, não obstante a existência de numerosas disposições, tanto em instrumentos internacionais, como nas legislações nacionais, não é efetivamente considerado. De resto, os designados crimes de ódio são disso uma evidência. Os números indicam que, no passado ano, em todo o mundo, foram vítimas de homicídio cerca de três centenas de pessoas transexuais. Casos em que domina a ignorância, o preconceito, a discriminação, o ultraje e a violência em função da vítima ser transexual.

A questão da identidade de género (a denominada *Gender Dysphoria* ou *gender identity disorder* ou, como lhe chama a Lei Portuguesa nº 7/2011, de 15 de março [que consagra o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil], “o diagnóstico de perturbação de identidade de género, também designada como transexualidade”) tem constituído uma firme reivindicação desta minoria ao nível do direito à identidade pessoal, do direito à identidade e expressão de género e do direito à livre realização da pessoa, ao mesmo tempo que é reclamada a despatologização do designado transtorno de identidade de género.

**Palavras-chave:** Igualdade, Discriminação, Identidade de género, Transexualismo.

**Abstract:** In the XXI century we continue to see the repeated violations of human rights. The ethnic diversity, cultural diversity, religious plurality, identity range, gender differences are some of the causes of conflicts between peoples, groups and individuals. The recognition of human dignity and the right to equality of all individuals, incomprehensibly, remains a chimera in many corners of the planet. The principle of non-discrimination, as bulwark of a humanistic society, despite the existence of numerous provisions, both in international instruments and in national legislation is not effectively considered. Moreover, the designated hate crimes that are evidence. The figures show that last year, around the world, were homicide victims about three hundred transsexuals. Where it dominates the ignorance, prejudice, discrimination, outrage and violence due to the victim being transsexual.

The issue of gender identity (the so-called *Gender Dysphoria* or *gender identity disorder* or, as you call it the Portuguese Law No. 7/2011, of March 15 [enshrining the sex change procedure and name in the civil register] "diagnosis of gender identity disorder, also known as transsexualism") has been a firm claim this minority in terms of the right to personal identity, the right to gender identity and expression and the right to free fulfillment of the person, the same time is claimed to depathologization the designated gender identity disorder.

**Keywords:** Equality, Discrimination, Gender identity, Transsexualism.

---

<sup>1</sup> Ana Paula Guimarães, Doutora em Direito, investigadora do Instituto Jurídico Portucalense na linha de investigação “Dimensions of Human Rights” e docente do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Universidade Portucalense, Instituto Jurídico Portucalense - IJP Rua Dr. António Bernardino Almeida, 541-619, P 4200-486, Porto, Portugal. E-mail institucional: apg@upt.pt.

### **1. Aspetos gerais e instrumentos internacionais**

É usual falar-se de várias formas de identidade: desde a identidade cultural, à identidade religiosa, passando pela identidade nacional, indo até à identidade racial, entre outras. E é comum atribuir-se a cada uma delas um conjunto de indicadores identificadores que as descrevem e as especializam. A identidade pessoal – aquela que define a pessoa humana no que lhe é mais intrínseco – é definida através de diversos elementos, entre os quais, se contam o sexo, o corpo físico e as suas manifestações. A questão da identidade de género implica a perfeita concordância entre o ser e o sentir.

A questão da mudança de sexo coloca-se quando alguém tendo nascido com um sexo biológico não se sente com este identificada. Pelo contrário, deseja ser do sexo oposto. Assume-se enquanto tal e assim pretende viver e ser aceite individual, familiar, social e juridicamente. Portanto, o género atribuído à nascença, por força do sexo genético, não é o seu, não corresponde àquele que é percebido socialmente. Nem a constituição, nem a morfologia físicas correspondem ao genuíno género. Por outras palavras, animicamente, o sexo de uma pessoa transexual é o oposto daquele de que anatomicamente é portador. O efetivo ajustamento entre o ser biológico e anatómico e o realmente vivido e sentido é condição da livre realização da personalidade ética da pessoa humana e, como tal, é essencial. Trata-se de fazer coincidir o sexo no plano jurídico com o autenticamente vivido e sentido no plano psicológico. Trata-se de fornecer ferramentas para que a pessoa humana possa materializar o direito a ser feliz – um corolário do direito à vida com dignidade.

São vários os instrumentos internacionais que, alguns deles, mesmo sem versarem especificamente a problemática de identidade de género, apregoam a proibição de discriminação. Vejamos alguns:

a) Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada por resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948

artigo 1º: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade; artigo 2º, nºs 1 e 2º: Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse

país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania; artigo 7º: Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação; artigo 8º: Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei; artigo 29º, n.ºs 1 e 2: O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

b) Convenção Europeia dos Direitos do Homem, adotada em Roma, em 04 de Novembro de 1950

artigo 14º: O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

c) Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adotado, aberto à assinatura, ratificação e adesão por resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de Dezembro de 1966

artigo 26º: Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deve proibir todas as discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra toda a espécie de discriminação, nomeadamente por motivos de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade, de nascimento ou de qualquer outra situação.

d) Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa (Durban, África do Sul, 2001)<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> *Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa (África do Sul, Durban, 31 de Agosto / 8 de Setembro de 2001)* [em linha]. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações do 50.º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos, 2007. <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Racismo.pdf>> [03 julho 2016].

Reconhecemos a necessidade de integrar uma perspectiva de gênero em todas as políticas, estratégias e programas de acção relevantes no domínio da luta contra o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e a intolerância conexas a fim de fazer face a formas múltiplas de discriminação.

e) Princípios de Yogyakarta (2006)<sup>3</sup>

A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso; Toda a pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

f) Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, alterada e proclamada pela segunda vez em dezembro de 2007

artigo 1º: A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.  
artigo 20º: Todas as pessoas são iguais perante a lei, artigo 21º, nº 1: É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

---

<sup>3</sup> *Princípios de Yogyakarta - Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero* – [em linha]. Indonésia, Yogyakarta, 06 e 09 de novembro de 2006, Tradução para o português: Jones de Freitas, Apoio para versão em português: Observatório de Sexualidade e Política (Sexuality Policy Watch), Julho de 2007. <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf)> [05 julho 2016] fornece definição de identidade de gênero “como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos” – nota 2, p. 6 e pp. 9 e 10.

g) Resolução do Parlamento Europeu, de 04 de fevereiro de 2014, sobre o Roteiro da União Europeia contra a homofobia e a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de género (2013/2183(INI))<sup>4</sup>:

G. Ação específica para as pessoas transexuais e intersexuais - i) A Comissão deve velar por que a identidade de género seja incluída nos motivos de discriminação proibidos na futura legislação em matéria de igualdade, incluindo as reformulações; ii) A Comissão deve integrar as questões específicas das pessoas transexuais e intersexuais em todas as políticas relevantes da UE, refletindo a abordagem adotada na estratégia em matéria de igualdade de géneros; iii) Os Estados-Membros devem velar por que os organismos responsáveis pela promoção da igualdade recebam informação e formação sobre os direitos e questões específicas respeitantes às pessoas transexuais e intersexuais.

A Constituição da República Portuguesa, no artigo 13º, nº 1 afirma que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei” e no nº 2 declara que “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”. Por outro lado, o artigo 26º assevera que “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”. O aludido artigo 13º da Constituição da República Portuguesa sofreu alteração no ano de 2004 no sentido de acrescentar a “orientação sexual” como elemento de não discriminação e não contempla expressamente a “identidade de género” enquanto fator de proibição de discriminação.

## **2. Discriminação contra transexuais. Todos iguais na diferença**

Não obstante o reconhecimento internacional e as proclamações institucionais da proibição da discriminação a realidade, muitas vezes, surpreende-nos com a prática de atos bárbaros e desumanos contra pessoas transexuais. Um dos casos que chocou a

---

<sup>4</sup> Parlamento Europeu. *Resolução do Parlamento Europeu, de 04 de fevereiro de 2014, sobre o Roteiro da União Europeia contra a homofobia e a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de género (2013/2183(INI)*. [em linha]. Estrasburgo: Parlamento Europeu, 2014. <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0062+0+DOC+XML+V0//PT>> [15 agosto 2016]

sociedade portuguesa teve lugar em fevereiro de 2006 e ficou conhecido pelo caso Gisberta (nome da vítima)<sup>5</sup>, caso que foi amplamente divulgado pelos órgãos de comunicação social, trazendo para a discussão pública a questão da transfobia – “rejeição ou preconceito contra os transexuais ou o transexualismo”<sup>6</sup>. Um outro caso que abalou a comunidade portuguesa foi aquele que vitimou Luna, em finais de fevereiro de 2008<sup>7</sup>. Correram rios de tinta sobre a problemática discriminação contra pessoas transexuais e decorridos dez e oito anos, respetivamente, sobre o cometimento destes crimes, pouco mudou sobre esta realidade. O preconceito mantém-se. A transexualidade, que escapa ao domínio do vulgarmente conhecido, acaba por encerrar dificuldades no que respeita à compreensão das suas especificidades e à consciencialização das suas particularidades. O que não deve ser óbice ao conhecimento. Pelo contrário, o desconhecimento é primário ponto de partida no caminho a percorrer no sentido de perceber, enxergar e alcançar o não conhecido. A realidade não é uníssona, nem homogénea. A diferença é autêntica riqueza do ser humano: dissemelhanças físicas, diversidade de opinião, discrepância de desejos, divergências religiosas, diferenças clubísticas, discordâncias políticas, desconformidade entre sexo e género, são todas diferenças que se dispõem na totalidade. Todos somos diferentes. Cabe-nos termos a despretensiosa atitude de admitir que assim é, até porque somos iguais na diferença. Todavia, a interiorização desta variabilidade do ser humano, da sua intrínseca volubilidade, do desajuste dos modelos tidos por regulares e costumeiros e consequente necessidade de despadrãoização do adequado social e culturalmente compromete as atitudes individuais de cada um de nós e o espírito coletivo da sociedade instituída. É o modelo de coesão social e cultural – criação da própria representação coletiva, onde impera o paradigma da normalidade – que molda os inerentes conflitos, as ausências de cooperação e a incapacidade para sentir as minorias.

---

<sup>5</sup> Tratava-se de Gisberta Salce Júnior, cidadão de nacionalidade brasileira e transexual. Encontrava-se em Portugal desde os seus 20 anos, tendo fugido da sua pátria por temer a onda de homicídios contra transsexuais de que a cidade de S. Paulo era palco. Tinha 45 anos de idade quando foi barbaramente agredida, no Porto, por vários miúdos com idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos, tendo acabado por falecer devido aos ferimentos, à fome, sede e frio, em consequência do abandono a que foi votada no fundo de um poço.

<sup>6</sup> *Dicionário da Língua Portuguesa com Acordo Ortográfico* [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2016. <<http://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/transfobia>> [18 agosto 2016].

<sup>7</sup> Wallace, um transexual brasileiro, de 42 anos de idade, que vivia em Lisboa, cujo corpo foi encontrado num contentor de entulho com sinais de ferimentos e baleado.

A singularidade do ser humano impõe que cada um de nós seja aquilo que é, único, diferente dos demais. Por que há-de alguém viver na pele do sexo oposto, em permanente mal-estar e sofrimento, em constante inadaptação, só para viver em concordância com o sexo e o corpo anatómico? Por que há-de ser assim se esse alguém pertence a uma identidade de género distinta? Por que há-de alguém ser levado a assumir um papel que lhe não pertence e com o qual não tem a mais distante réstia de identificação no campo familiar, social e ocupacional? Por constrangimento do argumento do comportamento socialmente aceite e das regras da representação coletiva?

Existem problemas que assolam a comunidade transexual desde a discriminação social até às dificuldades laborais, desde obstáculos legais até à rotulagem como doença do foro mental. A insuficiência de reconhecimento da identidade de género reflete-se nas dificuldades encontradas ao nível do registo civil e respetiva alteração de nome, dos procedimentos clínicos, da participação do sistema nacional de saúde e na patologização da designada “perturbação da identidade de género”.

A mudança de sexo não se confina a uma mudança da aparência física exterior, a uma mudança de vestuário ou à adoção de um estilo de vida. A mudança de sexo não se confina à obtenção de mais ou menos pêlos, ao conseguimento de uma voz mais grave ou mais aguda. A mudança de sexo é uma questão de identidade pessoal, direito constitucional dos mais essenciais da pessoa humana<sup>8</sup>.

Ser não é o mesmo que existir: ser é estar e viver o que realmente se é, independentemente das amarras de uma forma corporal herdada geneticamente. E todos têm o direito de dizer “eu sou assim”, independentemente de ser o aparente homem ou a figurada mulher em representação do sexo morfológico. Mais relevante do que dizer, é fazer. Ou seja, fazer concordar o género psicológico com o sexo anatómico<sup>9</sup> que, muito para além de contribuir para aplacar o sofrimento psicológico, traz o benefício de restituir a inteireza daquele ser humano que assim se torna pessoa na verdade da sua essência.

---

<sup>8</sup> Artigo 26º da República Portuguesa. Ver Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 458 a 474 e especificamente sobre o direito à identidade pessoal, pp. 462-463.

<sup>9</sup> Enquanto o género é geralmente definido pelo sexo, e por conseguinte também assim a identidade sexual, situações há em que não existe coincidência entre um e outro. O psicólogo John William Money, em 1969, no seu livro intitulado “Transsexualism and Sex Reassignment” Baltimore: The Johns Hopkins Press, destaca que na formação da identidade sexual há a ponderar o registo subjectivo do género e o registo biológico do sexo. Na transexualidade verifica-se um desacerto entre o género e o sexo. O Autor advoga poder ser corrigido medicamente (hormonal e cirurgicamente), retificando-se a anatomia corporal.

### 3. Alguns avanços na ordem jurídica portuguesa

#### 3.1. A Lei nº 7/2011, de 15 de março

A Lei nº 7/2011, de 15 de março, criou o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil e procedeu às correspondentes alterações ao Código do Registo Civil Português. A novidade consistiu em possibilitar este procedimento em sede exclusiva do registo civil, atribuindo, para tanto, competência às respetivas conservatórias, sem necessidade da tramitação de um processo judicial.

Qualquer cidadão português, desde que maior de 18 anos de idade, pode apresentar o respetivo requerimento junto de uma das conservatórias do registo civil existentes em território nacional. É necessário que o requerente não seja interdito ou inabilitado por anomalia psíquica. E também é indispensável o diagnóstico de perturbação de identidade de género<sup>10</sup>. Esta característica tem de ser comprovada por relatório elaborado por uma equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica, que deve ser assinado por um médico e um psicólogo. Assim o exige o artigo 3º: o pedido deve ser instruído com um “relatório que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de género, também designada como transexualidade, elaborado por equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica em estabelecimento de saúde público ou privado, nacional ou estrangeiro”, devendo este “ser subscrito pelo menos por um médico e um psicólogo”. Assim, sem mais exigências de forma ou de conteúdo.

No sítio eletrónico do Instituto dos Registos e Notariado consta uma lista de clínicos “habilitados a assinar relatórios que comprovem os diagnósticos de perturbação de identidade de género” (assim se lê no texto deste sítio), com referência a uma atualização de novembro de 2015, elaborada pela ordem dos médicos com nome, formação, especialidade, instituição, número de cédula e e-mail<sup>11</sup>. Tem indicação de algumas especialidades médicas como endocrinologia, psiquiatria, obstetrícia, medicina geral e familiar e, curioso, é que faz também menção a 14 psicólogos. Refere o Instituto dos Registos e do Notariado que não é responsável pela elaboração e atualização da lista que lá apresenta em anexo<sup>12</sup>. Não sendo a lista de clínicos habilitados em si mesma um

<sup>10</sup> Cerca de 300 pessoas efetuaram mudança de sexo com alteração dos respetivos documentos após a entrada em vigor desta legislação.

<sup>11</sup> Essa listagem pode ver-se em: <[http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a\\_registral/registo-civil/docs-do-civil/lista-de-clinicos/downloadFile/file/Lista\\_profissionais\\_habilitados\\_assinar\\_relatorios.pdf?nocache=1436274751.0](http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a_registral/registo-civil/docs-do-civil/lista-de-clinicos/downloadFile/file/Lista_profissionais_habilitados_assinar_relatorios.pdf?nocache=1436274751.0)> [30 julho 2016].

<sup>12</sup> Ver em: <[http://www.irn.mj.pt/sections/irn/a\\_registral/registo-civil/docs-do-civil/lista-atualizada-de/](http://www.irn.mj.pt/sections/irn/a_registral/registo-civil/docs-do-civil/lista-atualizada-de/)> [30 julho 2016].

requisito legal, não deve constituir fundamento para inadmissibilidade do requerimento, como tem vindo a ser. Bem sabemos que, em caso de indeferimento, o interessado tem a possibilidade de recorrer ora hierárquica, ora judicialmente. Todavia, sendo o recurso um meio de defesa, é sempre de evitar que lhe seja dada causa desnecessariamente, a bem da celeridade processual e em nome da boa administração da justiça. A própria desjudicialização deste procedimento veicula uma dinâmica mais ágil e abreviada. Com o toque da naturalidade de que se vem reclamar a obtenção do que é próprio, autêntico e inegável. Com efeito, o referido pressuposto legal consiste apenas em “relatório que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de género, também designada como transexualidade, elaborado por equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica em estabelecimento de saúde público ou privado, nacional ou estrangeiro” e que o referido relatório seja subscrito pelo menos por um médico e um psicólogo. Ora, não é compreensível a rejeição de pedidos que são instruídos com relatórios emitidos por médicos não constantes da listagem elaborada pela ordem dos médicos. Conforme dispõe o artigo 4º, nº 1, alínea c) da Lei 7/2011, após a apresentação do requerimento do interessado o conservador pode “rejeitar o pedido, quando da análise dos documentos instrutórios resultar que este manifestamente não se coaduna com as normas aplicáveis”. E, na verdade, insistimos, a lei exige “relatório que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de género, também designada como transexualidade, elaborado por equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica em estabelecimento de saúde público ou privado, nacional ou estrangeiro”, devendo ser subscrito pelo menos por um médico e um psicólogo” – artigo 3º, nº 1, alínea b) e nº 2, relativo ao pedido e instrução. Apresentado o pedido pelo interessado, o conservador dispõe de oito dias para: 1) decidir favoravelmente, realizando o respetivo averbamento (nos termos do artigo 73º do Código do Registo Civil e, se for o caso, um novo assento de nascimento, nos termos do nº 1 do artigo 123º do referido Código); 2) solicitar o aperfeiçoamento do pedido<sup>13</sup>; 3) rejeitar o pedido, quando da análise dos documentos instrutórios resultar que este manifestamente não se coaduna com as normas aplicáveis.

O Estado Português reconhece a alteração de registo do sexo efetuada por pessoa de nacionalidade portuguesa que, tendo outra nacionalidade, tenha modificado o seu registo do sexo perante as autoridades desse Estado.

---

<sup>13</sup> Neste caso o conservador deve decidir o pedido no prazo de oito dias a contar da data da apresentação dos elementos adicionais.

### 3.2. A especificidade do Código Deontológico dos Médicos e a patologização da identidade de género

Os médicos podem atuar neste âmbito, no que concerne à adequação do género psicológico ao sexo<sup>14</sup>. O Código Deontológico dos Médicos aprovado pelo regulamento nº 14/2009, de 13 de janeiro, trata esta matéria no Capítulo VIII, designada “Transexualidade e disforia de género”, nos artigos 69º a 72º. Proíbe, por princípio, a cirurgia para transição do género em pessoas morfológicamente normais; excepcionalmente pode ser realizada a referida cirurgia em um maior de idade civil e cognitivamente capaz, nos casos clínicos adequadamente diagnosticados como transexualismo ou disforia do género. A cirurgia visa contribuir para o equilíbrio psicológico do doente mas o médico não pode garantir que a cirurgia garanta a satisfação sexual. O consentimento do interessado é dado por escrito e testemunhado<sup>15</sup>. A cirurgia é precedida de uma avaliação com carácter multidisciplinar devendo ser realizada por três especialidades com reconhecida experiência na matéria: cirurgia plástica, reconstrutiva e estética; endocrinologia; e psiquiatria. A avaliação e acompanhamento médico pré-cirúrgico não deve ser inferior a dois anos. Por outro lado, a cirurgia só é possível após diagnóstico de transexualismo ou disforia de género e de que o interessado não é portador de distúrbios mentais permanentes.

Das regras deontológicas expostas não restam incertezas sobre a natureza da questão da identidade de género – uma doença. A designação empregue “caso clínico adequadamente diagnosticado como transexualismo ou disforia do género” ou a designação impressa na Lei nº 7/2011, de 15 de março, “diagnóstico de perturbação de identidade de género” não deixam margem para dúvidas sobre o entendimento médico desta matéria<sup>16</sup>. De resto, assim tem vindo a ser com base na classificação internacional de doenças (CID). Longe vai o tempo em que a transexualidade era vista como

---

<sup>14</sup> Veja-se Marques, João Gama; Vieira, Fernando; Gonçalves, Marco; Santos, Jorge Costa. *Transexualidade: Aspectos Psiquiátricos e Médico-Legais* [em linha], pp. 121-130. <[http://www.academia.edu/3061841/Transexualidade\\_Aspectos\\_Psiqui%C3%A1tricos\\_e\\_M%C3%A9dico-Legais](http://www.academia.edu/3061841/Transexualidade_Aspectos_Psiqui%C3%A1tricos_e_M%C3%A9dico-Legais)> [21 agosto 2016].

<sup>15</sup> Artigo 45º (Consentimento do doente): 1 - Só é válido o consentimento do doente se este tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas ou morais. 2 - Sempre que possível, entre o esclarecimento e o consentimento deverá existir intervalo de tempo que permita ao doente reflectir e aconselhar-se. 3 - O médico deve aceitar e pode sugerir que o doente procure outra opinião médica, particularmente se a decisão envolver grandes riscos ou graves consequências.

<sup>16</sup> Sobre a patologização e despatologização, veja-se Ferrari, Geala Geslaine; Capelari, Rogério Sato. *A despatologização do transtorno de identidade de género: uma crítica a patologização e o enaltecimento ao direito a identidade sexual dos indivíduos trans* [em linha], pp. 1-18 <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/11719/1579>> [25 julho 2016].

“possessão do diabo”, sendo objeto de catalogação como patologia pela Organização Mundial de Saúde. Com efeito, na classificação internacional de doenças (CID), o transtorno de identidade sexual está inserido no capítulo V dedicado aos transtornos mentais e comportamentais (F00-F99) e está arrumado especificamente nos transtornos da personalidade e do comportamento do adulto (F60-F69)<sup>17 18</sup>.

A correção ou retificação anatómica é acima de tudo uma ferramenta de materialização de um direito fundamental – o direito à identidade pessoal e, mais propriamente, do direito à autodeterminação de género – que agrega a identidade de género e a expressão de género. Esta dimensão tem vindo a ser veementemente reclamada pela força política do bloco de esquerda. Em maio de 2016, os deputados deste partido apresentaram um projeto de Lei consagrando o direito à autodeterminação de género, bem como os termos do seu exercício, nomeadamente no que diz respeito à alteração do registo civil, assim como à proteção específica em matéria de acesso à saúde, educação, trabalho e proteção social<sup>19</sup>. É forte a crítica desta força partidária à

---

<sup>17</sup> *Classificação Internacional de Doenças (CID)* [em linha] <[http://portalcodgdh.min-saude.pt/index.php/Classifica%C3%A7%C3%A3o\\_Internacional\\_de\\_Doen%C3%A7as\\_\(CID\)](http://portalcodgdh.min-saude.pt/index.php/Classifica%C3%A7%C3%A3o_Internacional_de_Doen%C3%A7as_(CID))> [29 julho 2016]. Ainda, <[http://portal.arsnorte.min-saude.pt/portal/page/portal/ARSNorte/Conte%C3%BAAdos/Sa%C3%BAde%20P%C3%B:Ablica%20Con-teudos/CID\\_10.pdf](http://portal.arsnorte.min-saude.pt/portal/page/portal/ARSNorte/Conte%C3%BAAdos/Sa%C3%BAde%20P%C3%B:Ablica%20Con-teudos/CID_10.pdf)> [29 julho 2016].

Capítulo V: Transtornos mentais e comportamentais (F00-F99) – F60-F69 Transtornos da personalidade e do comportamento do adulto - F60 Transtornos específicos da personalidade - F61 Transtornos mistos da personalidade e outros transtornos da personalidade - F62 Modificações duradouras da personalidade não atribuíveis a lesão ou doença cerebral - F63 Transtornos dos hábitos e dos impulsos - F64 Transtornos da identidade sexual - F65 Transtornos da preferência sexual - F66 Transtornos psicológicos e comportamentais associados ao desenvolvimento sexual e à sua orientação - F68 Outros transtornos da personalidade e do comportamento do adulto - F69 Transtorno da personalidade e do comportamento do adulto, não especificado. E, ainda, <[http://www.medicinanet.com.br/cid10/1554/f64\\_transtornos\\_da\\_identidade\\_sexual.htm](http://www.medicinanet.com.br/cid10/1554/f64_transtornos_da_identidade_sexual.htm)> [29 junho 2016] e também <<http://cid10.bancodesaude.com.br/cid-10-f/f640/transexualismo>> [29 junho 2016].

CID 10 - F64 Transtornos da identidade sexual – CID 10 - F64.0 Transexualismo – CID 10 - F64.1 Travestismo bivalente – CID 10 - F64.2 Transtorno de identidade sexual na infância – CID 10 - F64.8 Outros transtornos da identidade sexual – CID 10 - F64.9 Transtorno não especificado da identidade sexual

<sup>18</sup> Em março de 2015, a Ação pela Identidade (API) dirigiu ao Ministro da Saúde uma missiva no sentido de solicitar esclarecimentos sobre as cirurgias de reatribuição de sexo no Serviço Nacional de Saúde. A situação agravou-se depois da reforma do cirurgião João Décio Ferreira, do Hospital de Santa Maria, em 2011. Nesse ano, a unidade de reconstrução génito-urinária e sexual do Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra (URGUS) passou a realizar as cirurgias das pessoas trans, Ver em: <<http://dezanove.pt/ministro-da-saude-questionado-sobre-a-767941>> [15 junho 2016]. A API é uma “organização não-governamental liderada por jovens ativistas e direcionada para a defesa e estudo da diversidade de género e de características sexuais, incluindo a experiência das pessoas trans e intersexo” <<https://apidentidade.wordpress.com/sobre/>> [28 junho 2016]

<sup>19</sup> *Projeto de Lei* [em linha] <<http://www.beparlamento.net/reconhece-o-direito-%C3%A0-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-de-g%C3%A9nero>> [27 junho 2016]. No artigo 2º deste projeto define-se “identidade de género” como sendo “a vivência interna e individual do género, tal como cada pessoa o sente, a qual pode ou não corresponder ao género atribuído à nascença, e que inclui a vivência pessoal do corpo, podendo envolver a modificação da aparência ou das funções do corpo por meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que efetuados de livre vontade, e outras expressões

designada patologização da identidade de género cujo reconhecimento legal atual importa um “diagnóstico de perturbação de identidade de género”, como lhe chama o nosso legislador (tantas vezes designado transtorno, desordem, disforia de género). O projeto de lei perspetiva a questão de identidade de género como forma de exteriorização da pluralidade humana não dependente de diagnóstico médico sendo, por isso, eliminada a obrigatoriedade do relatório médico, despatologizando esta questão. Defende que ninguém poderá ser obrigado a submeter-se a qualquer tratamento farmacológico, procedimento médico ou exame psicológico que limite a sua autodeterminação de género. De resto, o Bloco já expressou a sua concordância com a reconfiguração da classificação da Organização Mundial de Saúde, que irá ser publicada no ano de 2017, quanto ao referido diagnóstico médico. Segundo a versão beta do CID-11 deixa de ser colocada nas doenças de saúde mental passando a ser encarada matéria de saúde sexual<sup>20</sup>. De outro lado, a mesma força partidária quer consagrar a idade mínima de dezasseis anos de idade para a regularização jurídica da situação em apreço, invocando argumentos como ser essa a idade para a determinação da imputabilidade criminal em razão da idade e para contrair casamento, assim como pretende eliminar qualquer menção ao género no documento de identificação e extinguir os emolumentos para o registo da mudança de nome e de sexo nas conservatórias.

### 3.3. Outros instrumentos legais

Portugal é um dos países que, no presente momento, já dispõe de legislação em vigor que proíbe a discriminação em razão da identidade de género. Referimos a Lei nº 28/2015, de 14 de abril, que veio consagrar a identidade de género no âmbito do direito à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho, por meio da alteração do artigo 24º do Código, passando a ter a seguinte redação:

1. O trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, identidade de

---

de género, como o nome pelo qual se apresenta aos outros, vestuário, discurso ou gestos” e “expressão de género” pela “manifestação pessoal da identidade de género e/ou aquela que é percebida pelos outros”.

<sup>20</sup> No sentido de que a disforia de género não é doença mental ver Matos, Fernando. *Sintomas de disforia de género* [em linha]. <[http://www.news-medical.net/health/Symptoms-of-Gender-Dysphoria-\(Portuguese\).aspx](http://www.news-medical.net/health/Symptoms-of-Gender-Dysphoria-(Portuguese).aspx)> [20 agosto 2016].

género, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos.

Contamos, também, com a Lei nº 27/2008, de 30 de Junho, sobre as condições e procedimentos de concessão de asilo ou proteção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de proteção subsidiária que, no artigo 17º-A, estabelece:

Após a apresentação do pedido de proteção e antes da decisão prevista nos artigos 20.º e 24.º, deve ser avaliada a necessidade de promoção de garantias processuais especiais para os requerentes cuja capacidade de exercer direitos e cumprir obrigações se encontre limitada por força das circunstâncias pessoais, designadamente em virtude da sua idade, sexo, identidade sexual, orientação sexual, deficiência ou doença grave, perturbação mental, por terem sido vítimas de tortura, violação ou outras formas graves de violência psicológica, física ou sexual.

Os artigos 7º e 10º, correspondendo respetivamente aos direitos e deveres do aluno, da Lei nº 51/2012, de 5 de setembro – que aprova o estatuto do aluno e ética escolar – incluem a identidade de género como elemento de tratamento e respeito e de não discriminação da comunidade escolar. Por sua vez, a Lei nº 19/2013, de 14 de abril, acrescentou a identidade de género à circunstância qualificativa da alínea f) do nº 2 do artigo 132º do Código Penal (que prevê e pune o crime de homicídio qualificado). É punível com pena de prisão de 12 a 25 anos quem matar outrem revelando especial censurabilidade ou perversidade, nomeadamente, sendo determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo, pela orientação sexual ou pela identidade de género da vítima. No Título III – Dos crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal – o Código Penal prevê, no artigo 240º o crime de discriminação racial, religiosa ou sexual em que a identidade de género é elemento constitutivo, punível, consoante as circunstâncias, com pena de prisão de um a oito anos ou de seis meses a cinco anos<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> O Código Penal contém a palavra “género” 5 vezes, uma no artigo 132º (homicídio qualificado) e quatro no artigo 240º (crime de discriminação racial, religiosa ou sexual) e a palavra ódio 2 vezes, uma no referido artigo 132º e outra no aludido artigo 240º.

#### 4. Conclusão

A mudança de sexo é uma questão de identidade pessoal e o direito à identidade pessoal é um direito constitucional. A lei portuguesa nº 7/2011, de 15 de março, criou o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil e trouxe a novidade de possibilitar este procedimento em sede exclusiva do registo civil, atribuindo competência às respetivas conservatórias, não carecendo de tramitação de um processo judicial. Todavia, a necessidade da existência de um “relatório que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de género” conduz a uma patologização deste estado que em nada favorece o entendimento da disforia em causa. A lei penal introduziu a identidade de género no elenco das circunstâncias qualificativas do crime de homicídio e atualizou a redação do crime de discriminação racial, religiosa ou sexual no que concerne à identidade de género. No que respeita à legislação não penal, no Código de Trabalho foi incluída a expressão "identidade de género" enquanto espécie de não discriminação no trabalho, assegurando a igualdade no acesso ao emprego. Assim como a identidade de género surge como elemento de tratamento e respeito e de não discriminação da comunidade escolar.

Ser, é isto: ser, estar, viver o que realmente se é, independentemente das amarras de uma forma corporal herdada geneticamente. E todos têm o direito de dizer “eu sou assim”, independentemente de ser o aparente homem ou a figurada mulher em representação do sexo morfológico. Mais importante do que dizer, é fazer. Ou seja, fazer concordar o género psicológico com o sexo anatómico que, muito para além de contribuir para aplacar o sofrimento psicológico, traz o benefício de restituir a inteireza do ser humano que assim se torna pessoa na verdade da sua essência. A correção ou retificação anatómica é acima de tudo uma ferramenta de materialização de um direito fundamental – o direito à identidade pessoal e, mais propriamente, do direito à autodeterminação de género – que agrega a identidade de género e a expressão de género. Somos todos diferentes e a diferença faz parte integrante da totalidade. Cabe-nos termos a despretensiosa atitude de admitir que assim é, até porque somos iguais na diferença. Todavia, a interiorização desta variabilidade do ser humano, da sua intrínseca volubilidade, do desajuste dos modelos tidos por regulares e costumeiros e consequente necessidade de despadrãozão do adequado social e culturalmente compromete as atitudes individuais de cada um de nós e o espírito coletivo da sociedade instituída. É o modelo de coesão social e cultural – criação da própria representação coletiva, onde

impera o paradigma da “normalidade” – que molda os inerentes conflitos, as ausências de cooperação e a incapacidade para sentir as minorias.

Em resumo, este escrito poderia ter-se intitulado “mudança de sexo e o direito a ser feliz”.

### Referências Bibliográficas

Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

*Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa (África do Sul, Durban, 31 de Agosto / 8 de Setembro de 2001)* [em linha]. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações do 50.º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos, 2007. <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Racismo.pdf>> [03 julho 2016].

*Dicionário da Língua Portuguesa com Acordo Ortográfico* [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2016. <<http://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/transfobia>> [18 agosto 2016].

Ferrari, Geala Geslaine; Capelari, Rogério Sato. *A despatologização do transtorno de identidade de género: uma crítica a patologização e o enaltecimento ao direito a identidade sexual dos indivíduos trans* [em linha], pp. 1-18. <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/11719/1579>> [25 julho 2016].

*Listagem de clínicos habilitados a assinar relatórios* [em linha]. <[http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a\\_registral/registo-civil/docs-do-civil/lista-de-clinicos/downloadFile/file/Lista\\_profissionais\\_habilitados\\_assinar\\_relatorios.pdf?nocache=1436274751.05](http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a_registral/registo-civil/docs-do-civil/lista-de-clinicos/downloadFile/file/Lista_profissionais_habilitados_assinar_relatorios.pdf?nocache=1436274751.05)> [30 julho 2016].

Lopes, Fernando. *Classificação Internacional de Doenças (CID)* [em linha]. <[http://portalcodgdh.min-saude.pt/index.php/Classifica%C3%A7%C3%A3o\\_Internacional\\_de\\_Do%C3%A7as\\_\(CID\)](http://portalcodgdh.min-saude.pt/index.php/Classifica%C3%A7%C3%A3o_Internacional_de_Do%C3%A7as_(CID))> [29 julho 2016].

Marques, João Gama; Vieira, Fernando; Gonçalves, Marco; Santos, Jorge Costa. *Transexualidade: Aspectos Psiquiátricos e Médico-Legais* [em linha], pp. 121-130.

<[http://www.academia.edu/3061841/Transexualidade\\_Aspectos\\_Psiqui%C3%A1tricos\\_e\\_M%C3%A9dico-Legais](http://www.academia.edu/3061841/Transexualidade_Aspectos_Psiqui%C3%A1tricos_e_M%C3%A9dico-Legais)> [21 agosto 2016].

Matos, Fernando. *Sintomas de disforia de género* [em linha]. <[http://www.news-medical.net/health/Symptoms-of-Gender-Dysphoria-\(Portuguese\).aspx](http://www.news-medical.net/health/Symptoms-of-Gender-Dysphoria-(Portuguese).aspx)> [20 agosto 2016].

Organização não-governamental *Ação pela Identidade* [em linha]. <<https://apidentidade.wordpress.com/sobre/>> [28 junho 2016].

Parlamento Europeu. *Resolução do Parlamento Europeu, de 04 de fevereiro de 2014, sobre o Roteiro da União Europeia contra a homofobia e a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de género (2013/2183(INI))*. Estrasburgo: Parlamento Europeu, 2014. <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0062+0+DOC+XML+V0//PT>> [15 agosto 2016]

*Princípios de Yogyakarta - Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de género* – [em linha]. Indonésia, Yogyakarta, 06 e 09 de novembro de 2006. Tradução para o português: Jones de Freitas, Apoio para versão em português: Observatório de Sexualidade e Política (Sexuality Policy Watch), Julho de 2007 <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pd](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pd)> [05 julho 2016].

*Projeto de Lei do Bloco de Esquerda* [em linha]. <<http://www.beparlamento.net/reconhece-o-direito-%C3%A0-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-de-g%C3%A9nero>> [27 junho 2016].

*Registo civil-lista de clínicos* [em linha]. <[http://www.irn.mj.pt/sections/irn/a\\_registral/registo-civil/docs-do-civil/lista-atualizada-de/](http://www.irn.mj.pt/sections/irn/a_registral/registo-civil/docs-do-civil/lista-atualizada-de/)> [30 julho 2016].

s. a. *Código Penal Português*. Coimbra: Almedina, 2015.

# LA DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN E IDENTIDAD SEXUAL. LA IGUALDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL DERECHO LABORAL ESPAÑOL Y COMUNITARIO

## EMPLOYMENT DISCRIMINATION BASED ON SEXUAL ORIENTATION AND IDENTITY. EQUALITY AS A FUNDAMENTAL RIGHT IN THE SPANISH AND EUROPEAN COMMUNITY LABOUR LAW

Jonathan Lema Touriñán

*Doctorando en Derecho por la Universidade da Coruña*

**Resumen:** En la actualidad, las discriminaciones en el empleo bajo la razón de identidad y/u orientación sexual es una problemática actual, que necesita ser tratada. El presente texto versará sobre igualdad en derechos de trato en el empleo y la ocupación, mayoritariamente a través de normativa, del colectivo LGTBI (Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales, Intersexuales), como derecho fundamental.

**Palabras clave:** discriminación, igualdad de derechos, LGTBI, trabajo, Unión Europea.

**Abstract:** Nowadays, discrimination due to identity and/or sexual orientation is still an actual hot issue in the labour market, that needs to be analyzed. This text will deal with the rights of equal treatment in employment and occupation, mainly through legislation, of the LGBTI community (Lesbian, Gay, Transgender, Bisexual and Intersex) as a fundamental right.

**Keywords:** discrimination, equal rights, LGTBI, work, European Union.

### 1. La perspectiva de género e institucional sobre la discriminación laboral por razón de orientación e identidad sexual

Dentro del colectivo a estudiar, la discriminación tiene como punto de partida el heterosexismo o heteronormativismo en la sociedad. El tipo de orientación, así como la identidad que un individuo pueda tener viene estipulado a partir del estatus de género masculino dominante, donde el estereotipo de hombre masculino en el género refuerza "una categoría particular (...), que supone una medida de dominación"<sup>1</sup>.

En nuestros días, nadie pone en duda de que exista la discriminación, pero por extrañas razones no se percibe. Quizás, la razón más probable de que no se advierta es fruto de la pasividad de unos; y de las facultades de otros para esconder todo lo referente a este colectivo. La impunidad en estos actos es alta, principalmente por lo difíciles que son de probar. No obstante, ha habido instituciones que ya constatan este hecho.

---

<sup>1</sup> Witting, Monique. *El pensamiento heterosexual y otros ensayos: La marca del género*. Madrid, España: Editorial Egales, 2006.

Es el caso del Informe específico de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) titulado: La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean, año 2007. En él se reconoce que la discriminación laboral por orientación sexual no está suficientemente documentada. En parte, por aludir a un aspecto de la intimidad de las personas, debido a que muchas veces prefieren quedarse calladas antes de denunciar.

Parafraseando el famoso Informe "es importante reflexionar sobre la necesidad de luchar no solamente contra la discriminación por orientación sexual sino por la recuperación de los derechos civiles y sociales, (...)"<sup>2</sup>. La homofobia y transfobia propia del ambiente de trabajo, no sigue otro propósito que el trabajador decida ocultar su orientación sexual, siendo más difícil hacerlo con la identidad.

De hecho, las personas transexuales son de los individuos más perseguidos, con altos índices exclusión y desempleo, inclusive para el colectivo. "En el Estado español la cifras se alzan entre un 60% y un 80% de desempleo. A esto se añade la ausencia de referencias y programas concretos dirigidos a la población transexual, lo que les convierte en una minoría invisibilizada en la lucha contra la discriminación"<sup>3</sup>.

En definitiva, mientras se decida acatar un estilo de vida marcado por la heterosexualidad no existirá problema, dentro de un modelo empresarial caduco y patriarcal preestablecido, donde se ha de permanecer callado o exiliarse a profesiones que "han formulado una hipótesis de movilidad laboral ascendente específica de los homosexuales"<sup>4</sup>. Estamos, sin lugar a duda, ante una nueva visión del techo de cristal.

## **2. Los Derechos Humanos a la no discriminación de las personas LGTBI en las relaciones laborales**

En condiciones justas y democráticas, cualquier ciudadano con acceso al empleo pasará gran parte de su vida trabajando. En los períodos en que el trabajo realizado sea asalariado, el sujeto es portador de una serie de derechos laborales que lo protegen como trabajador. El origen de estos derechos no es sino otro que el de los derechos civiles y humanos.

---

<sup>2</sup> OIT. "La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean". OIT, 2007. [http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/igualdad\\_07.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/igualdad_07.pdf) [31 de julio del 2016].

<sup>3</sup> Fondo Social Europeo. "Programa Operativo Plurirregional: Lucha contra la Discriminación (2007-2013)". Fondo Social Europeo, 2013. <http://www.empleo.gob.es/uafse/es/programando/programasOperativos/pdf/Lucha.pdf> [31 de julio de 2016].

<sup>4</sup> Eribo, Didier. *Reflexiones sobre la cuestión gay. Sexualidad y profesiones*. Barcelona, España: Editorial Anagrama, 2001.

Como derechos humanos, los derechos del trabajo existen como fuente de defensa y dignificación en la realización de las actividades de las que se ocupan los trabajadores en sus respectivos empleos.

En lo que al tema del colectivo LGTBI se refiere, se atenderá a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a las garantías laborales y de seguridad social, como defensa de sus derechos en el lugar de trabajo. Para tal efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas recoge entre su articulado dicha protección. Más concretamente en los artículos 2, 22, 23.1 y 29.1 del texto jurídico.

Siendo la Declaración vinculante para los estados firmantes y la interpretación siempre abierta e inclusiva de minorías (como la LGTBI), se debería con la misma evitar hipertrofias de textos, resoluciones y convenios.

Así y todo, existe negativa de aún hoy muchos estados respecto al reconocimiento de derechos y el fomento del trato no discriminatorio acerca de los homosexuales, transexuales e intersexuales.

Es inevitable entonces la proliferación de textos que protejan a los sujetos susceptibles de discriminación, como la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 26 de septiembre de 2014, para combatir la violencia y la discriminación por orientación sexual e identidad de género<sup>5</sup>. Dando a luz a reabrir antiguos informes y actualizarlos, para evaluar el estado de la situación.

A fecha de 4 de mayo de 2015, el Informe sobre discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, nos ofrece una visión desesperanzadora.

Se menciona, entre otros aspectos, que "los estados no brindan una protección adecuada en el empleo por motivos de orientación e identidad de género"<sup>6</sup>, ni tan siquiera legal. Entonces, es menester pensar que bien podría mentar que el informe transmite una alarma de discriminación, donde es obligado actuar en el campo de la igualdad durante los próximos períodos.

---

<sup>5</sup> En la Resolución se solicita al Alto Comisionado para los Derechos Humanos que actualice un estudio de 2012 sobre la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (A/HRC/19/41), con el fin de compartir las buenas prácticas y maneras de superar la violencia y la discriminación.

<sup>6</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género". Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2015. <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=557157c44> [31 de julio de 2016], párrafo 58.

En tanto al ámbito comunitario, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), inspirada sin duda en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de aplicación imperativa desde el 2009, aunque entrada en vigor en el año 2000, incluye una protección de los derechos laborales del colectivo. Todos los países miembros y los aspirantes deben respetarla para formar parte de la Unión.

A colación de la no discriminación, la Carta de la Unión Europea lo tiene claro. En su articulado se prohíbe toda discriminación en una larga lista que incluye la orientación sexual<sup>7</sup>. Adicionalmente, se observan menciones de no discriminación en el trabajo<sup>8</sup>. En conclusión, esto es un ejemplo de la idea de una Europa social y comprometida no únicamente con lo económico, de la que se darán más trazas en el siguiente apartado.

### **3. El papel de la Unión Europea en la lucha contra la discriminación laboral de los ciudadanos LGTBI**

Aunque ya se ha adelantado en el punto anterior la posición de la Unión Europea, cabe destacar que ha sido pionera en emitir en 1984, la primera Resolución sobre la discriminación por orientación sexual en el lugar de trabajo, promovida por el Parlamento Europeo o la Directiva 2000/78/CE del Consejo Europeo<sup>9</sup>, de la que se hablará más adelante. En todo caso, ambas incluyen todos los miembros del colectivo.

Tras los esfuerzos legislativos, en 2007, el Parlamento Europeo encargó a la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE) una serie de estudios sobre la discriminación contra personas LGBTI en la Unión Europea. De esta manera, se elaboraron diversos informes, concluyendo el año 2008 y 2009 con la publicación de los mismos, denotando la situación en el trabajo por orientación e identidad sexual.

El Informe del 2009 nos da una muy buena idea del estado del colectivo LGTBI en distintos aspectos como: la invisibilidad en el trabajo, conseguir un empleo o el límite de la discrecionalidad empresarial. En lo que concierne a los empresarios frente a las personas LGTBI, sólo cabe mencionar que es difícil demostrar y argumentar razones homofóbicas o transfóbicas en la relación laboral.

---

<sup>7</sup> Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), artículo 21.1.

<sup>8</sup> *Ibidem*, artículo 30.

<sup>9</sup> Su nombre completo es: Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de Noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

### **3.1. El Informe Lunacek: el estado de la Unión Europea ante la discriminación de los ciudadanos LGTBI**

El 8 de enero de 2014 fue aprobado, por amplia mayoría del Parlamento Europeo, el conocido como Informe 'Lunacek' como hoja de ruta de la UE en contra de la homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. En él, se condena toda discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género; y que los derechos fundamentales de los LGTBI no se respeten siempre dentro de la UE.

En la Exposición de Motivos del mismo, se puede encontrar información cuantitativa muy valiosa que nos da un estado comparable de la situación laboral dentro del territorio de la Unión. El estudio sobre las personas LGTBI, publicado por la Agencia de los Derechos Fundamentales durante el año 2013, concreta que "un 20 % fue objeto de discriminación en el empleo o el trabajo (un 29 % entre las personas transexuales)"<sup>10</sup>.

Pese a que el informe sea no vinculante para los estados miembros, no significa que no requiera un compromiso si se acepta. Es un medio a través del cual se eleva una petición a la UE y sus estados miembros a que luchen contra la homofobia, además de un intento de conseguir un cambio inclusivo del colectivo LGTBI en todos los aspectos de la sociedad (como en el empleo). Se insta a cumplir la Directiva 2000/78/CE junto a la formulación directrices "que especifiquen que las personas trans e intersexuales entran dentro de la acepción de 'sexo' de la Directiva 2006/54/CE"<sup>11</sup>. La Directiva 2006/54/CE<sup>12</sup> también se tratará en el siguiente punto.

### **3.2. Las Directivas 2000/78/CE y 2006/54/CE**

No afectando exclusivamente la Directiva 2000/78/CE al colectivo LGTB, no se ha podido encontrar otra, que prevea "(...) establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de

---

<sup>10</sup> Informe sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2013/2183(INI)) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2014-0009&language=ES#title2> [31 de julio de 2016], Exposición de Motivos.

<sup>11</sup> Informe sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2013/2183(INI)) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2014-0009&language=ES#title2> [31 de julio de 2016], cap. C del Contenido de la hoja de ruta.

<sup>12</sup> Su nombre completo es: Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación (...)”<sup>13</sup>. La Directiva, debido a la presencia continua del precepto "orientación sexual" (mencionada en un total de nueve ocasiones entre el articulado y el "considerando"), se ha convertido en un texto de incalculable valor jurídico.

Su gran influencia llega hasta temas relativos a derechos colectivos del trabajo, buscando "promover la igualdad de trato, incluido el control de las prácticas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta (...), la celebración (...) de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados (...) que entren dentro de las competencias de la negociación colectiva (...)”<sup>14</sup>.

Siguiendo en su articulado, se anticipa la supresión de las

(...) disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato; y (...) se declaren o puedan declararse nulas e inválidas o se modifiquen todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de las empresas o en los estatutos de las profesiones independientes y de las organizaciones sindicales y empresariales<sup>15</sup>.

Todo lo anterior nos lleva a dejar bien atado el ámbito colectivo del trabajo en tanto en cuanto se insta a eliminar todas las 'disposiciones contrarias' a la igualdad de trato en convenios, estatutos, organizaciones sindicales y empresariales. De otra manera, también aparece recalcada la necesidad de que el ordenamiento jurídico propio debe adaptar (cuanto menos), sino eliminar todas las disposiciones contrarias dentro de toda la jerarquía normativa.

Por otra parte, en los artículos siguientes se incorpora un régimen de sanciones en caso de que no se cumplan los preceptos del Estado y de la Directiva, teniendo que "incluir la indemnización a la víctima"<sup>16</sup>, lo cual es importante y se ha previsto también en la legislación española, que se despachará en el siguiente apartado.

La Directiva 2006/54/CE, por su parte, introduce a las personas transexuales e intersexuales en el ámbito de la protección de la igualdad en el empleo. No obstante, uno de sus considerandos va más allá y establece que "debe aplicarse igualmente a las

---

<sup>13</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de Noviembre de 2000, Art. 1.

<sup>14</sup> *Ibidem*, Art. 13.

<sup>15</sup> *Ibidem*, Art. 16.

<sup>16</sup> *Íbidem*, Art. 17.

discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo de una persona"<sup>17</sup>, lo que supone un gran avance para los miembros más marginados del colectivo.

Lo comentado en el párrafo anterior, viene dado por realidades encarnadas por sucesos juzgados ante el Tribunal de Justicia de la UE en STJUE<sup>18</sup> como la de 30 de abril de 1996 (asunto C-13/94) para despidos improcedentes de individuos transexuales; o la de 17 de julio de 2014 (asunto C-423/04) para pensiones de jubilación reconocidas a personas transexuales. Estos dos han sido, de todas maneras, solo dos entre docenas de casos.

#### **4. La protección española de los derechos laborales de homosexuales, transexuales e intersexuales**

En tanto a España, los informes de la UE de los años 2008, 2009 y 2014 destacan importantes avances realizados en los últimos años y, desde un punto de vista sociológico, una actitud más comprometida y proactiva hacia las personas LGTBI, alcanzando altas posiciones en temas relativos a la aceptación de la homosexualidad, derechos de matrimonio o de adopción.

Sin embargo, la mayoría de los casos de discriminación laboral no se denuncian. Por contra, tampoco se prevén planes específicos para afrontar temas relativos a la homofobia y transfobia en las relaciones laborales quitando el trabajo que se hace desde los sindicatos y la trasposición de resoluciones o directivas comunitarias. De todas maneras, España en cuanto a legislación en derechos de igualdad ha sido una pionera para el colectivo LGTBI.

Tampoco hay duda de que ella ha sido necesaria para un cambio de mentalidad social aún en progresión. No cabe lugar a duda, que leyes igualitarias han abierto el camino a mayor presencia en la sociedad de estos miembros. Esta igualdad es fruto de un proceso legislativo que se comentará a continuación. Comencemos pues, con el estudio de la protección que la legislación española otorga a los miembros del colectivo, en clave de igualdad en el trabajo.

---

<sup>17</sup> Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo ,de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, Considerando III.

<sup>18</sup> Acrónimo para Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

#### **4.1. La igualdad de trato por orientación e identidad sexual y, el derecho a trabajar dentro de la Constitución Española de 1978**

Es grande el elenco de instrumentos legislativos en el nivel nacional que existen para preservar el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Como texto fundamental, la Constitución Española de 1978 (CE), entre sus preceptos deja claro que los españoles: "son iguales ante la ley, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"<sup>19</sup>.

En el caso de la discriminación por orientación e identidad sexual, el artículo anterior se debería complementar con la responsabilidad de los poderes públicos respecto a "promover las condiciones y remover los obstáculos que impiden la igualdad de los individuos y los grupos en que se integra sean reales y efectivas"<sup>20</sup>. En su totalidad, la CE adelantaría con esto las bases de la protección de las minorías afectivas.

De todos modos, las causas de la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género no se contemplan específicamente en el artículo 14 de la CE. De ahí que sea conveniente que se exponga en la demás normativa la orientación sexual, o la identidad dentro de los listados, aunque se entienda que todas las listas y enumeraciones de casos en una normativa (en relación a la igualdad) no suelen ser *numerus clausus*, debido a que colisionarían con el derecho a la dignidad de ciertos colectivos o ciudadanos promovido en el artículo 10 de la CE.

En otro orden y adentrándose ya en el territorio de las relaciones laborales, una vez entendida la igualdad hay que dirigirse al derecho del trabajo. La Constitución del 78 en su artículo 35.1 establece, que "todos los españoles tienen (...) derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente (...)", incluyendo a todo trabajador sin excepción.

Aun así, la Constitución no es la encargada de desarrollar todo el Derecho, sino una Carta Magna que pida el respeto máximo a los principios y valores de un ordenamiento jurídico. En aspectos relativos al derecho laboral, por mandato constitucional, la Ley es quien la soberanía nacional releva el papel de "regular un estatuto de los trabajadores"<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Constitución Española de 1978, artículo 14.

<sup>20</sup> *Ibidem*, artículo 9.2.

<sup>21</sup> *Ibidem*, artículo. 35.2.

#### **4.2. El Estatuto de los Trabajadores y la reforma del mismo por el artículo 37 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social**

Las modificaciones de en el ET pro-LGTBI fueron producto de reformas obra de la Ley 62/2003. Esta Ley fue usada para trasponer (en parte) la Directiva 2000/78/CE, donde disponía que los "Estados miembros (de la UE) adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 2 de diciembre de 2003"<sup>22</sup>.

Por tanto, se puede entender que la presente ley aporta en el ámbito laboral esos deseados cambios, adaptando la Directiva en el ordenamiento jurídico español, comenzando en la Ley con mayor relevancia en el mundo del trabajo, el famoso ET. La Ley 62/2003 introdujo un total de cinco cambios en los artículos 4, 16, 17 y 54 del ET.

Los dos primeros cambios se efectuaron en los párrafos c) y e) del apartado 2 del artículo 4, versando sobre el respeto y la no discriminación a la hora de contratación y una vez empleados por distintas razones, entre las que se incluye la orientación sexual, así como también el respeto a la intimidad y dignidad, no pudiendo ultrajar al trabajador como es lógico por su orientación sexual.

El cambio realizado, afectó también a algo tan común como las Agencias de Colocación, de las cuales se espera, según el artículo 16 en su párrafo 2, que garanticen el principio de igualdad y la no discriminación por distintas causas entre las que se encuentra, nuevamente, la orientación sexual.

La cuarta de las novedades, a lo largo del artículo 17.1, profundiza en declarar la nulidad de todo reglamento, pacto o convenio colectivo, así como las decisiones empresariales que vulneren "por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español".

Para terminar, esta reforma activa introduce el tema del acoso laboral en sus ampliaciones. El párrafo g) del artículo 54.2 nos deja constancia de que hasta se llegará a considerar incumplimiento contractual "el acoso por razón de origen racial o étnico,

---

<sup>22</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de Noviembre de 2000, artículo 18.

religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa".

Con lo anterior se garantiza, dentro del Estatuto de los Trabajadores, el control del comportamiento entre los trabajadores para la no discriminación en el trabajo, siendo causa de despido disciplinario, comprendiendo el acoso por razón de orientación sexual.

#### **4.3. La LISOS y la LRJS contra la discriminación por orientación e identidad sexual**

En este apartado estudiaremos de forma breve dos normas fundamentales en el ámbito laboral. Estas son el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (o mejor conocida como la LISOS); y, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

A estas alturas, los preceptos tratados ya sonarán repetitivos, pero no dejan de ser necesarios a la hora de conocer toda la protección existente en nuestro ordenamiento jurídico.

Comenzando por la Ley de infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>23</sup>, estaría bien hacer una primera parada en el artículo 12, donde se especifica la no discriminación de ningún tipo respecto a las "decisiones unilaterales de la empresa". Esto es, no está permitido el despido discrecional por razones de homofobia o transfobia en el ordenamiento español.

Más adelante, el artículo 13 bis refleja que el acoso será reconocido como infracción. Esto significa que ya no se prohíbe solamente, como es el caso del Estatuto de los Trabajadores. El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto establece una sanción y denota compartimientos contrarios a la dignidad del colectivo como punibles. La discriminación a los LGTBI dentro del ámbito del trabajo queda castigada.

Por último, la LISOS aporta algo se antoja interesante en temas de la protección de datos de carácter personal. Hay ciertos datos de la persona que son de la esfera íntima y sería de las infracciones más graves involucrarse en ellos, según esta

---

<sup>23</sup> Esta Ley es la encargada de imponer sanciones y establecer cuáles son las infracciones en el orden jurídico laboral.

Ley, o demandarlos tanto en "los procesos de selección, así como establecer condiciones sobre los mismos"<sup>24</sup>.

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social introducirá en el 2011 un salto cuantitativo en cuanto a la protección también de la identidad sexual. Siendo una muestra de respeto hacia las personas transexuales e intersexuales. Fuera del ámbito laboral, cabe recordar que esta modificación tiene que ver la aparición de leyes civiles como la del cambio registral del sexo<sup>25</sup>, o autonómicas del carácter integral de la transexualidad.

El avance pro-igualdad tiene su prueba de ello, es el artículo 96.1 cuyo tema es la carga de la prueba, donde se menciona ya la "orientación o identidad sexual" como precepto. En este caso, establece que la parte demandada deberá demostrar que no existe discriminación y que se ha procedido por causas objetivas. Por primera vez en derecho laboral procesal, la carga de la prueba no recae en los miembros discriminados LGTBI.

El afectado podrá ejercer, en todo momento, su derecho a acceder a la jurisdicción social por su propia cuenta, descansando su demanda sobre los fundamentos de las libertades públicas de tutela judicial efectiva, de dignidad de la persona y de derecho a la igualdad. Por otro lado, de acuerdo con el art. 148 párrafo c) de la LRJS, es iniciable asimismo de oficio el proceso judicial por la Inspección de Trabajo.

De todos modos, no sólo la Inspección de Trabajo es un ejemplo de implicación pública en este asunto. Durante el proceso judicial, "el juez o tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes"<sup>26</sup> en el ámbito de los informes de expertos. Aquí, la orientación sexual vuelve a formar parte de listado, como una de las causas de esta petición. La inclusión denota, ante todo, buena fe de la administración de justicia.

## **5. Concluyendo con sentido común**

La situación actual es fruto de una evolución legislativa, y de la lucha de los diversos colectivos implicados en ella. No obstante, existe una hipertrofia normativa

---

<sup>24</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, artículo 16.

<sup>25</sup> Su nombre completo es: Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

<sup>26</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, artículo 95.3

que nos lleva al caos, normalmente subsanado por la jurisprudencia, que por espacio no se ha tratado. Sociedades como la europea y la española aprenden, en relación a la igualdad de trato, a base de "derechos, en vez de Derecho"<sup>27</sup>.

Respecto a la continuación del activismo político y la consecución de estándares normativos igualitarios, no ha alcanzado hasta la fecha un reconocimiento de derechos de equiparación del colectivo LGTBI total. Los derechos civiles y sociales son fruto de procedimientos largos y costosos que suelen tener beneficios en condiciones democráticas. De hecho, aunque la igualdad jurídica no hubiese llegado para este colectivo, normativas de Derechos Humanos como las vistas aquí y Constituciones democráticas siempre garantizarán los comportamientos de equidad

Los poderes empresariales, por contra, cuentan aún con un gran potestad de discrecionalidad individual que suele predominar en muchos ámbitos laborales, lo que los salvaguarda al efectuar comportamientos homofóbicos y transfóbicos dentro del centro de trabajo o, siendo el ejemplo más significativo, a la hora de la contratación. Ciertamente es que, como se recalca, las leyes son claras respecto a la no discriminación.

Cuando la discriminación laboral sale a la luz, el trabajador cuenta con la posibilidad de acceder a la vida judicial. No obstante, no existen grandes posibilidades de éxito. Además el acceso a la justicia de este colectivo suele implicar, todavía en la actualidad, polémica debida a su condición. Todo ello, no hace más que perpetuar los casos de vulneración de derechos y ocultar a un colectivo discriminado.

Ya para terminar, es de justicia hacer referencia a lo importante que es no detenerse desde el punto de vista jurídico, político y social en la lucha para la no discriminación. Pese a los avances, no todo está hecho. Además de mantener presión desde el punto de vista legal, la lucha debe de seguir desde el activismo, promocionando visibilización.

### **Referencias Bibliográficas**

- Cancio Álvarez, María Dolores (coord.). *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad*. Madrid, España: Editorial Iustel, 2011.
- Eribo, Didier. *Reflexiones sobre la cuestión gay. Sexualidad y profesiones*. Barcelona, España: Editorial Anagrama, 2001.

---

<sup>27</sup> Ollero, Andrés. *El Derecho en Teoría*. Pamplona, España: Editorial Aranzadi, 2007.

- García, J (coord.). *Igualdad y no discriminación en el mundo laboral*. Asturias, España: Editorial Gráficas Martín, 2008.
- Ollero, Andrés. *El Derecho en Teoría*. Pamplona, España: Editorial Aranzadi, 2007.
- Rodríguez Cardo, Iván Antonio. *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*. Asturias, España: Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, 2009.
- Witting, Monique. *El pensamiento heterosexual y otros ensayos: La marca del género*. Madrid, España: Editorial Egales, 2006.

### **Agradecimientos**

A mi pareja, Antonio, por estar ahí apoyándome incondicionalmente y esperando a que acabe mi tesis. A mis abuelos, María y Rogelio, por apoyarme sin entender lo que es esto, junto a mi madre Anna María, que sí lo entiende. A mi Director de tesis Xosé Manuel Carril Vázquez por su sabia guía e interés en este proyecto. A mi amiga Montserrat (doctoranda en Historia), por llevarme hasta aquí. A mi amiga María, traductora sin la cual tampoco estaría aquí. Y por último, a mi amigo Vicente (doctorando y próximo Doctor en Educación), por dignificar la profesión y enseñarme los primeros pasos.



# MOVILIZACIÓN DEL COLECTIVO TRANSEXUAL EN ESPAÑA (2008 – 2016)

## TRANSEXUAL COMMUNITY MOBILIZATION IN SPAIN (2008 – 2016)

Mauro Cibeira Rey  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** Este trabajo trata estudiar y explicar la movilización transexual en España y sus reivindicaciones, alianzas y oportunidades en el marco del movimiento LGBT, entre 2008 y 2016, esto es durante el segundo Gobierno Socialista de Zapatero y el primero del Partido Popular de Rajoy, desde un enfoque de derechos humanos y a la luz de la moderna teoría del movilización.

**Palabras clave:** Movilización, Transexualidad, Derechos Humanos.

**Abstract:** This paper deals with study and explain the transgender movement in Spain and their demands, alliances and opportunities within the LGBT movement, between 2008 and 2016, that is during the second Socialist government of Zapatero and the first People's Party Rajoy, from a human rights approach and in light of the modern theory of mobilization.

**Keywords:** Mobilization, Transgender, Human Rights.

### 1. Introducción

El punto de inflexión de la movilización transexual española se localiza en la VIII Legislatura de España. El gobierno de José Luís Rodríguez Zapatero supuso un gran avance social para el colectivo LGBT gracias a la concesión de una serie de derechos sociales y civiles que se les concedió. Estos avances se vieron reflejados y materializados en la aprobación de dos leyes: la Ley 13/2005 y la Ley 3/2007.

No obstante, este avance social no fue equitativo para todos los integrantes del colectivo LGBT. Mientras la población homosexual lograba los objetivos acordados en el programa electoral propuesto por el PSOE para las elecciones de 2004 con la aprobación del matrimonio igualitario<sup>1</sup>, la población transexual se vio en clara desventaja con respecto a ellos. La ley que se limitaba a concederles el cambio de sexo registral gestionado a través del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros del Notariado. No incluía la incorporación a la cartera de servicios de la Seguridad Social el diagnóstico de la transexualidad o los tratamientos médicos y quirúrgicos tal y como se estipulaba en su

---

<sup>1</sup> Por el cual los matrimonios entre personas del mismo sexo podían ejercer todos los derechos vinculados a cualquier otra forma de matrimonio, incluyendo los derechos de adopción, cobro de pensiones, etc.

programa electoral<sup>2</sup> Aun así, y a pesar de sus limitaciones, esta ley supuso una gran victoria a nivel internacional para la población transexual, pues les permitió acreditar el cambio de sexo registral sin necesidad de someterse a una operación de reasignación de sexo. Así mismo anulaba los tribunales médicos y permitía que el proceso se desarrollase por la vía administrativa a través de la presentación de dos acreditaciones: el certificado psicológico o psiquiátrico y el certificado endocrino.

Sin embargo, el periodo de estudio que hemos seleccionado responde a la necesidad que tenemos de explicar cómo ha continuado el proceso de movilización y en qué coyuntura nacional e internacional se ha dado. Para ello aplicaremos la teoría de la movilización.

## 2. Coyuntura de Oportunidades Políticas – (Una guerra de desgaste)

“Hemos ido abriendo brecha pasito a pasito. Entonces el espacio, al final, ha cedido. Hemos ido ganando espacio políticamente, legislativamente, visibilidad social,... Lo que pasa es que es una lucha pues fíjate, de desgaste”<sup>3</sup>.

Esta frase de Marina Sáez, miembro y portavoz de la Fundación Triángulo, refleja a la perfección el proceso de lucha y avance que el colectivo transexual ha mantenido en España a lo largo de estos últimos años. La presencia de un gobierno conservador contrario a los avances en derechos sociales para este colectivo les ha llevado a desarrollar una estrategia de presión constante y movilización de carácter perpetuo en la que se buscaba el mínimo indicio para poder proyectar un nuevo avance en materia de derechos.

Normalmente el posicionamiento en contra de un Estado supone un freno muy difícil de salvar para los movimientos sociales. Tenemos que tener en cuenta que en este caso nos encontramos un partido de derechas conservador estrechamente vinculado a la Iglesia, uno de sus grupos históricos de apoyo que mantiene una postura contraria a la movilización transexual. Eso sumado a la crisis económica mundial y al precario panorama laboral permitía al gobierno desvincularse de los intereses de la población transexual con cierta facilidad, pues la presión social era ejercida en otros ámbitos (economía, trabajo, vivienda,...) y presentaban la aceptación de las medidas sanitarias presentadas por estos

---

<sup>2</sup> Partido Socialista Obrero Español. *Programa Electoral. Elecciones Generales 2004* [en línea], p. 32. <<http://web.psoe.es/source-media/000000348500/000000348570.pdf>> [30 agosto 2016].

<sup>3</sup> M. Sáez, comunicación personal, 1 de junio de 2016.

colectivos como una carga económica excesiva para el país en la situación en la que se encontraba.

Entonces, ¿cuál fue el origen de las oportunidades que suscitaron la movilización y las posteriores leyes? Las Comunidades Autónomas.

“(…) pues nos damos cuenta que donde tenemos que atacar es en las comunidades autónomas, porque la cartera de servicios que reciben los ciudadanos es más de las comunidades autónomas que del Estado”

La división de las competencias entre el poder central y el poder autonómico resultó ser la clave. Tal y como defiende Marina Sáez, la proximidad del ciudadano frente al poder de la autonomía es mucho mayor que frente al organismo del estado. Aprovechando ese posicionamiento entre el colectivo y la autonomía, así como la existencia de elecciones a nivel autonómico, los transexuales iniciaron su acercamiento al poder. La existencia de estas elecciones aumentaban el número de periodos transicionales, momentos de gran auge en la movilización social. Así mismo, la reducción de las votaciones al ámbito autonómico permitía a los grupos transexuales superar una de sus mayores debilidades, su escaso número, reduciendo el número absoluto de votantes potenciales y manifestándose con más fuerza a través de un extenso sistema de redes.

El primer caso de éxito para la movilización transexual tras la Ley 3/2007 se encuentra en la Comunidad Autónoma de Navarra con la *Ley Foral 12/2009 de No Discriminación por Motivos de Identidad de Género y de Reconocimiento de los Derechos de las Personas Transexuales*. Entre otros aspectos, esta ley establecía disposiciones en torno al tratamiento médico y el sistema educativo, dos sectores críticos dentro de las reivindicaciones de la población transexual.

La coyuntura de esta autonomía vino dada por dos factores políticos. Por un lado estuvo la disolución de la coalición entre UPN y CDN el 28 de septiembre de 2009 debido a la discrepancia en torno a la Ley del Vascuence. Así, la coalición presente en Navarra deja en el gobierno a una UPN gobernando en minoría. Por otro lado estaba la coalición de Nafarroa Bai (formada desde 2004 hasta 2011 por EA, PNV e independientes) como segunda fuerza más votada. Esta fuerza política se mostró favorable a la población transexual, presentando el proyecto de la nueva ley integral para el reconocimiento de los

derechos de los transexuales<sup>4</sup>. Estos dos elementos confluyeron y dieron como resultado la primera ley autonómica sobre derechos transexuales aprobada en España (pasó con el apoyo favorable de todos los partidos presentes a excepción de UPN)<sup>5</sup>

La aprobación de esta ley sentó un precedente y marcó un antes y un después en la afirmación de nuevas leyes autonómicas<sup>6</sup>. Lo curioso es que en la caso de Navarra el proyecto de ley es recogido por los dos periódicos que hemos destacado para este trabajo, pero ninguno de los dos parece tratar su aprobación. No podemos sino ver en esto como un posicionamiento de la movilización transexual en un segundo plano por parte de los medios de comunicación. Un hecho tan relevante como la primera ley autonómica de igualdad de género conocida como tal pasa a ser una noticia escasamente recogida por El ABC como periódico de tirada nacional, quedando excluida por los dos gigantes de la prensa española. En base a las ideas de Gitlin y Neveu, los medios de comunicación contemporáneos sufren un efecto transformador a raíz de las demandas de sus líderes y del creciente proceso de mercantilización que se está dando en ellos<sup>7</sup>. Esto contribuye a crear gigantes de la comunicación enfrascados en la producción y en la selección de aquella información que les pueda reportar un mayor beneficio económico o que les permita reforzar las bases ideológicas.

La debilidad del movimiento transexual, originado por la falta de interés que suscitaba en el ámbito nacional y por su posición todavía vulnerable en el colectivo ciudadano, convirtió su primera gran victoria en un hecho de escaso impacto nacional. Sin embargo, a pesar de su escasa cobertura, este hecho sentó un precedente en su modo de actuación. A partir de este momento el movimiento determinó que su ámbito de actuación serían las comunidades. Probablemente fue su debilidad lo que retrasó la aparición de nuevos avances, que no volvieron a darse hasta la ley del País Vasco (muy próximo a Navarra) en 2012. Este retraso puede estar motivado por las razones que exponíamos anteriormente, así como por la escasa demografía que este movimiento ha presentado siempre en el ámbito español. A esta ley pronto siguieron las de otras comunidades

---

<sup>4</sup> AGENCIAS. “Nafarroa Bai registra el primer proyecto de ley para el reconocimiento de los derechos de los transexuales” [en línea]. *Elpaís.com*, 25 de febrero de 2009. <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/02/25/actualidad/1235516406\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/02/25/actualidad/1235516406_850215.html)> [18 junio 2016].

<sup>5</sup> R. Sanmartín, Olga. “Discriminación positiva en clave transexual” [en línea]. *Elmundo.es*, 25 de febrero de 2009. <<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/02/24/espana/1235508523.html>> [18 junio 2016].

<sup>6</sup> AGENCIAS. “Navarra aprueba la primera ley autonómica sobre derechos de transexuales” [en línea]. *Abc.es*, 12 de noviembre de 2009. <[http://www.abc.es/hemeroteca/historico-12-11-2009/abc/Sociedad/navarra-aprueba-la-primer-ley-autonomica-sobre-derechos-de-los-transexuales\\_1131397752094.html](http://www.abc.es/hemeroteca/historico-12-11-2009/abc/Sociedad/navarra-aprueba-la-primer-ley-autonomica-sobre-derechos-de-los-transexuales_1131397752094.html)> [16 junio 2016].

<sup>7</sup> Della Porta, Donatella y Diani, Mario. *Los movimientos sociales*. Madrid: Editorial Complutense; Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 2011, p. 278.

autónomas (Cataluña, Galicia, Andalucía,...) que en 2014 sumaban sus propias leyes al total. De entre ellas lo más destacable es que se aprecia una progresión en los contenidos de las mismas.

La conclusión de todo este proceso son las futuras elecciones de 2016. Tras haber logrado una legislación favorable en 9 de las 17 comunidades autonómicas de España (más de la mitad) y haber establecido una de las más reconocidas leyes para la protección y garante de los derechos de los transexuales en Madrid con la *Ley de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid* aun en contra del voto del partido del gobierno (cuya postura era contraria y se abstuvo en la votación de dicha ley) este grupo social ha logrado pasar de una posición estigmatizada a un puesto de gran presencia social y mediática, donde gozan del apoyo de la civilización, extensas redes y el respaldo “oficial” de al menos dos partidos (PSOE e Izquierda Unida), los cuales incluyen sus reivindicaciones para una nueva ley estatal en sus programas electorales para la votación de este 26 de junio.

### 3. Marcos culturales legitimadores – (Una situación ambivalente)

El cambio de gobierno y el empeoramiento de las condiciones económicas generaron un ambiente hostil para los procesos sociales emprendidos por aquellos sectores sociales más alejados de los objetivos conservadores de este partido de derechas. El colectivo transexual se encontró con un gobierno dirigido por un partido totalmente opuesto a sus reivindicaciones, que ya se había presentado hostil a las mismas con la presentación de un recurso frente al Tribunal Constitucional por la Ley 13/2005<sup>8</sup>. Así mismo, tal y como se recoge en un artículo de El Mundo, el Partido Popular manifestó su oposición a la Ley 3/2007 del cambio de sexo registral argumentando razones legislativas<sup>9</sup>

El otro foco de oposición se manifestó a nivel internacional con la elección Joseph Aloisius Ratzinger como Benedicto XVI, el 265º Papa de la Iglesia Católica. Durante su periodo al frente del Vaticano (que culmina en 2013 con su dimisión), la Iglesia vio reenfocados sus objetivos bajo un nuevo discurso de corte neoconservador. Mantuvo una

---

<sup>8</sup> Recurso presentado por el PP frente al Tribunal Constitucional el 3 de octubre de 2005. Se dirigió contra la totalidad de la ley argumentado una serie de violaciones de diversos preceptos constitucionales, entre los que destacaron la modificación de la definición constitucional de matrimonio como unión entre un hombre y una mujer (p.3 del recurso) Ver: <<https://www.boe.es/boe/dias/2012/11/28/pdfs/BOE-A-2012-14602.pdf>> [31 agosto 2016].

<sup>9</sup> EUROPA PRESS. “Luz Verde a la ley que permite el cambio registral de género sin necesidad de operarse” [en línea] *Elmundo.es*, 1 de marzo de 2007. <<http://www.elmundo.es/elmundo/2007/03/01/espana/1172760745.html>> [18 junio 2016].

postura crítica y poco tolerante frente a diversas temáticas sociales, entre las que se incluía eutanasia, aborto, matrimonio igualitario,... Centro sus esfuerzos en promover una nueva evangelización en diversos países de tradición católica en los que la Iglesia había perdido peso tras los últimos años. Su principal misión y objetivo fue el campo de la educación.

En el ámbito español logró grandes victorias con la anulación de las medidas en pro de la eutanasia iniciada en 2005 por el PSOE y la desarticulación de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos como asignatura en el ámbito educativo con el apoyo del PP<sup>10</sup>. Si bien es cierto que no logró ganar todas sus batallas (no pudo contra la ley del matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo), su presencia en España se remarcó gracias al apoyo que el Partido Popular le brindó como aliado político.

La crisis económica supuso un brusco giro para la política mantenida por el PSOE a lo largo de su segunda legislatura, la X Legislatura en España, entre 2008 y 2011. Los efectos de la nueva situación económica supusieron la ejecución de grandes reformas y contramedidas paliativas para evitar el colapso de la economía, lo que distanció al gobierno de la política social. Esto se sumaba al creciente contradiscurso que se había formado a raíz de las reformas sociales emprendidas por José Luís Rodríguez Zapatero, las cuales resultaron ser muy agresivas y radicales para los sectores conservadores de la política española. Este contradiscurso, alimentado por la situación económica y la reavivación del discurso neoconservador a nivel internacional construyeron una fuerte oposición que sometió a desgaste al Partido Socialista (desgaste ya apreciable en la primera legislatura; aprobación de la ley de cambio de sexo registral a finales de la misma) y provocó su caída en las adelantadas elecciones de 2011 frente al Partido Popular de Mariano Rajoy.

Se inicia así un periodo donde el poder central del Estado se posiciona en contra del avance en materia de derechos para estos colectivos. Esta situación afectó especialmente a la población transexual, que de pronto se vieron atrapados en una situación de vulnerabilidad donde solo contaban con las limitadas aportaciones de la Ley 3/2007.

Sus requerimientos médicos quedan totalmente fuera de la cartera de servicios de la Seguridad Social a nivel estatal, pasando a depender enteramente del apoyo prestado por las autonomías. Según un artículo de la Gaceta Médica<sup>11</sup>, en 2008 solo el 55% de las CCAA

---

<sup>10</sup> Ambos sucesos aparecen en: Muñoz Ramírez, Alicia. *Movilización contra Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos. Castilla-La Mancha, Castilla y León y Madrid*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2016.

<sup>11</sup> Esteve de Antonio, Isabel *et al.* "Organización de la asistencia a la transexualidad en el sistema sanitario público español" [en línea]. *Gaceta Sanitaria*, mayo-junio 2012, 3, Vol. 26, pp. 203-209.

presentaban protocolos de atención a los trastornos de identidad de género, y solo cuatro de ellas incorporaban la cirugía genitoplástica (siendo Andalucía la primera en incorporar la atención integral a los pacientes transexuales desde 1999) Esto generó una fuerte complicación a la hora de lograr los dos certificados exigidos por el procedimiento administrativo para poder llevar a cabo el cambio de sexo registral.

A la situación política estatal se sumó la fuerte oposición que generó el reavivamiento de la Iglesia como elemento moral presente en las políticas españolas. Como muy bien describe Jesús Rodríguez en un extenso artículo escrito para *El País*, la Iglesia Católica contaba con individuos de gran poder e influencia dentro de España. A parte de una lista donde figuran los eclesiásticos más presentes en el panorama religioso, destacando a Rouco Varela y Cañizares entre otros, también se nos presenta una larga lista de movimientos católicos de gran poder y calado como son el Opus o el Camino Neocatecumenal<sup>12</sup>. Por otra parte estarían los fuertes discursos manejados desde el Vaticano por Benedicto XVI quien, a pesar de algunas curiosidades en su mandato, se mantuvo a favor de posturas conservadoras que pretendían distanciar las diversas organizaciones y posturas de la Iglesia de las corrientes reformistas y aperturistas que se habían asentado a lo largo de los últimos años.

A mayores tendríamos los fuertes discursos anti-LGBT pronunciados por algunos agentes eclesiásticos que se mantenían en posturas muy polémicas y radicales. Entre ellos llegó a destacar el cardenal Cañizares, cuyas reiteradas muestras de rechazo frente al nuevo panorama social en lo concerniente a la igualdad de género y la aceptación del colectivo LGBT se vieron recogidas en numerosos artículos de *El Mundo* y *El País* entre otros medios. El apoyo a esta figura polémica y de discurso agresivo se ve apoyada por el poder eclesiástico del Vaticano tras su nombramiento como prefecto de la Congregación para el Culto Divino y la Disciplina de los Sacramentos, el cual mantuvo desde 2008 hasta 2014. Esto nos da una idea de cómo la Iglesia reforzaba esa campaña agresiva y conservadora apoyándose en figuras muy vinculadas a la causa con gran poder de movilización.

Y por último, pero no por ello menos importante, estaría la postura adoptada por la población española frente al colectivo LGBT y su nivel de aceptación. Por un lado veremos un aumento y proliferación de las agresiones homofóbicas y transfóbicas, así como un

---

<<http://www.gacetasanitaria.org/es/linkresolver/organizacion-asistencia-transexualidad-el-sistema/S021391112000581/>> [31 agosto 2016].

<sup>12</sup> Rodríguez, Jesús. “Los Pilares de Dios” [en línea]. *Elpais.com*, 17 de Febrero de 2013. <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/02/15/actualidad/1360950506\\_893143.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/02/15/actualidad/1360950506_893143.html)> [3 junio 2016].

aumento de la homofobia liberal (aceptación de la homosexualidad solo cuando esta no es visible) Según un artículo de Joaquín Vera presente en *El Mundo*<sup>13</sup>, en 2013 y 2014 se apreció un aumento de la violencia contra el colectivo LGBT con diversos delitos de odio (entre los cuales se incluyen abusos, palizas y agresiones) Todo ello eran un resultado casi inevitable de la mayor visibilización con la que contaba este colectivo gracias a las leyes sociales aprobadas por el PSOE en su primera legislatura. Las posturas sociales no fueron del todo favorables a sus peticiones, que todavía se veían como fruto del capricho y no como una necesidad real. La creciente obsesión por las cuestiones económicas y laborales supuso un bloqueo a las medidas y peticiones de la población transexual, que encontró dificultades para llegar al gobierno. Todo esto manifiesta un panorama cuanto menos difícil para las reivindicaciones sociales del colectivo transexual, que se ve inmerso en una situación económica e ideológica contraria a sus aspiraciones, tanto en el marco nacional como en el marco internacional. Entonces, ¿cuál es el cambio que se contrapone a este panorama y permite que la movilización social avance?

Está claro que uno de los elementos cruciales para la justificación del cambio y la creación de un entorno cultural favorable a la causa transexual se localiza en la difusión de la declaración universal de los Derechos Humanos. El discurso de los Derechos Humanos (refiriéndonos siempre al discurso oficial promovido por la ONU) supuso la aparición de toda una serie de derechos intrínsecos al género humano, los cuales garantizaban unas libertades y prebendas a la ciudadanía de todos los países que se acogían bajo los mismos. De hecho, su naturaleza universal ha expandido su influencia incluso en países donde el cumplimiento con los Derechos Humanos no está ratificado. Uno de los ejemplos más claros de esta actitud la podemos observar en diversos discursos emitidos por los líderes de EEUU, un país que se declara defensor de los Derechos Humanos (tal y como se ve en el artículo de Carlos E. Cué, donde se recoge en boca del presidente Barack Obama la frase: “Cuando hemos tardado en defender los derechos humanos”<sup>14</sup> Este dato resulta muy interesante si tenemos en cuenta que EEUU todavía no ha ratificado parte de la convención que constituye los Derechos Humanos<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Vera, Joaquín “Las agresiones homofóbicas en España repuntaron en 2014” [en línea]. *Elmundo.es*, 6 de enero de 2015. <<http://www.elmundo.es/espana/2015/01/06/54abcdde2704e38558b4579.html>> [17 junio 2016].

<sup>14</sup> E. Cué, Carlos “Obama admite que EEUU “tardó en defender los derechos humanos” [en línea]. *Elpaís.com*, 25 de marzo de 2016. <[http://internacional.elpais.com/internacional/2016/03/24/argentina/1458830064\\_618486.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/03/24/argentina/1458830064_618486.html)> [19 junio 2016].

<sup>15</sup> Según la Tabla de Ratificaciones de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, EEUU todavía no ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (entre otros). Ver:

¿Qué conclusión podemos sacar de este hecho? Está claro que los Derechos Humanos pasaron a ser constituidos como algo que pertenece a la población más allá del poder político presente en el Estado<sup>16</sup>. Los ciudadanos se adueñan del paradigma que conforma este nuevo discurso debido a que su contenido está destinado a ellos directamente. Absorbiendo todos los derechos que contiene, se adecúan a la nueva situación que les garantiza y pasan a observar la realidad a través del prisma que ofrecen estableciendo como prioridad máxima defender su preservación y cumplimiento por parte del poder.

Fue ese cambio de perspectiva lo que les dio el marco cultural adecuado a la población transexual. Ellos, por encima de su condición, eran personas vinculadas a estos derechos, y eso resultaba innegable para muchos grupos que históricamente se habían opuesto a la identidad de este colectivo. Ampararse en ellos les permitió combatir la opresión de dichos grupos y justificar sus demandas frente a los organismos de poder y frente a la sociedad. Así mismo, las personas (cada vez más vinculadas a los derechos humanos) comenzaron a verse inhabilitadas para discriminar o rechazar las metas que este grupo pretendía alcanzar debido a que hacerlo era parte de esos derechos. Comenzaron a verles como un grupo que buscaba lo mismo que cualquier otra persona: tener los mismos derechos que los demás sin discriminaciones. El discurso universal de los Derechos Humanos concienció a la población de que debían actuar y comportarse de manera acorde a los mismos si deseaban conservarlos.

Este comportamiento es parte de lo que Della Porta determinó en su obra como la influencia de los valores: "...los valores influenciarían en la forma en la que los actores definen metas específicas e identifican estrategias eficaces y moralmente aceptables"<sup>17</sup> El impacto de los Derechos Humanos creó una revalorización de lo que la sociedad consideraba correcto, creando así una nueva visión que amparaba la causa transexual como algo moralmente correcto. Esto tendrá fuertes repercusiones en la creación de las redes de relaciones que este movimiento conseguirá formar, amparando a diversas organizaciones y entidades bajo el mismo.

---

<http://www.derechoshumanos.net/normativa/tabla-de-ratificaciones-de-instrumentos-de-derechos-humanos.htm> [19 de junio 2016].

<sup>16</sup> DDHH, Artículo 2: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

<sup>17</sup> Della Porta, Donatella y Diani, Mario. *Los movimientos sociales...*, p. 98

#### **4. Repertorio de acción – El avance de la realidad sobre la imagen**

Entonces tenemos un contexto negativo para la movilización de la población transexual superado a través del ascenso del paradigma de Derechos Humanos sobre los paradigmas morales tradicionales. Sin embargo, la imposición de un nuevo esquema de pensamiento no termina de explicar el porqué una sociedad pasa de rechazar a un colectivo a acogerlo y apoyarlo. Si el paradigma representa el cambio en la población general (la mitad del camino) el repertorio de acción emprendido por los transexuales representaría la otra mitad del recorrido. Podemos decir entonces que a partir de 2007, momento donde se sitúa la ley fundamental para este cambio, la población transexual inició un largo proceso destinado a la desestigmatización de su imagen y la posterior reconstrucción de la misma en torno a una realidad más próxima a la que esta población vive. Gracias a la entrevista con Marina Sáez podemos ver el avance de este proceso.

El primer paso fue eliminar la visión que tradicionalmente se había mantenido sobre la población trans y que les vinculaba a una serie de entornos y actividades estigmáticas y excluyentes frente al resto de la sociedad; lo que Marina Sáez denomina como “la lucha por la imagen”. Tradicionalmente se ha asociado la población trans con una serie de actividades laborales degradantes a ojos de la sociedad, como son el mundo de la prostitución y el espectáculo. Esta vinculación ha aislado a este colectivo del resto de la sociedad, que lo tacha y aísla en base a especulaciones y estereotipos. Esto se suma a una fuerte oposición y a una escasez numérica que desemboca en un colectivo vulnerable y carente de apoyos, totalmente expuesto a los discursos y acciones contrarias a sus intereses. Es por ello que resulta lógico que su principal objetivo haya sido romper con esa concepción y mostrar cómo son realmente a través de un proceso de normalización muy similar al realizado por el colectivo homosexual. Aprovechando una situación de cambio donde la sociedad comenzaba a abrirse a nuevos modelos laborales y familiares<sup>18</sup>, los transexuales comenzaron a mostrar conductas y modelos más próximos a su realidad al mismo tiempo que rehuían su asociación al mundo de la prostitución. De hecho se inicia una fuerte campaña con el objetivo de aclarar que la salida del mundo de la prostitución es tomada por los individuos trans ante las fuertes dificultades que se les presentan a la hora de acceder al

---

<sup>18</sup> No hablamos solo de matrimonios homosexuales; hablamos de familias monoparentales, trabajar desde casa, mayor implicación del hombre en el ámbito doméstico, dignificación del papel de la mujer en el trabajo fuera del hogar... Toda una serie de cambios que sensibilizan a la sociedad y la hacen más receptiva a los cambios.

mundo laboral<sup>19</sup> De esta forma convierten un estigma en una denuncia contra una realidad que no es elegida por el colectivo, sino sufrida por la gran discriminación de la que son objeto.

El segundo paso fue lograr despertar empatía en la sociedad. Principalmente se buscaba mostrar lo que supone ser transexual, los obstáculos que estos individuos deben superar, los estigmas a los que se enfrentan, el abuso,... En definitiva, lo que Marina Sáez denominó como “el conocimiento de nuestra realidad” Con ello se logra aproximar a los individuos externos al colectivo a su realidad y las dificultades que, como individuos, enfrentan a la hora de obtener algo tan elemental y básico como una identidad acorde a quien eres. En esta realidad intentan visibilizar lo que supone convivir con una identidad que no reconoces como propia durante varios años de tu vida, las pruebas a superar para lograr una identidad nueva y la discriminación que sufres en el proceso<sup>20</sup>.

Sin embargo, el tercer y último paso de este proceso no nació como movimiento de aproximación de la realidad, sino como elemento de defensa frente al contradiscurso. Llegados a un punto el colectivo trans tuvo que hacer frente a uno de los elementos contradiscursivos más recurridos por los agentes conservadores: los valores familiares. Discursos enarbolados por agentes de la Iglesia<sup>21</sup>, cuyo poder ideológico se asienta en gran familia sobre el modelo tradicional de familia (sacralizada a través del rito eclesial) En sus alegatos atacan la forma de vivir del colectivo homosexual y transexual, tachándolas de corruptas para con la naturaleza humana<sup>22</sup>. El acuñamiento de términos como “imperio gay”, presentes en sus discursos, nos revelan una doble visión tras la existencia de estos nuevos patrones familiares. Ven en ellos y en su crecimiento un enemigo, un rival, que compite por la autoridad moral y cuya existencia repercute negativamente en la preservación de su propio modelo moral. Es por ello por lo que el último paso llevado a cabo por la población transexual consistió en la exposición de su modelo de familia. Aproximando a los

<sup>19</sup> Losa, Juan Emilio. “Aclaraciones del colectivo transexual” [en línea]. *Elmundo.es/SALUD*, 9 de mayo de 2005. <<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2005/05/09/hsdudasypreguntas/1115637125.html>> [31 agosto 2016].

<sup>20</sup> En el artículo de Landa López, Isabel. “Tesón para ser mujer” [en línea]. *Elpaís.com*, 17 de abril de 2012. <[http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/04/17/paisvasco/1334682990\\_630652.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/04/17/paisvasco/1334682990_630652.html)> [31 agosto 2016] podemos ver uno de los miles de testimonios existentes sobre esta realidad.

<sup>21</sup> Destaca en el artículo de Aspas, Sergio. “El cardenal Cañizares defiende la familia frente al “imperio gay” [en línea]. *Elmundo.es*, 18 de mayo de 2016. <<http://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2016/05/18/573ca74aca4741132b8b45ec.html>> [31 agosto 2016] donde el cardenal Cañizares tacha al sector feminista y al denominado “imperio gay” de atentar contra la unidad de la familia tradicional, fundamentada bajo el sacramento del matrimonio.

<sup>22</sup> *REUTERS*. “El Papa pide “proteger” a la Humanidad de las conductas gais” [en línea]. *Elpaís.com*, 22 de diciembre de 2008. <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/12/22/actualidad/1229900404\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/12/22/actualidad/1229900404_850215.html)> [31 agosto 2016].

familiares, hijos e hijas, hermanos y hermanas,... Mostrándole al mundo que *de facto* tienen familias y vínculos familiares, y que su forma de vida no atentaba en ningún momento contra la existencia de las familias como tal, sino que solo suponía un cambio en el modelo (cambio que ya comenzaba a aceptarse por la implicación de la población homosexual y su derecho al matrimonio) Esto se remarca con la creación de nuevas entidades (ej. Chrysallis) que abarcan estas nuevas realidades.

## 5. Conclusiones – Los nuevos pactos

Las conclusiones extraídas de este proceso repercuten en el último de los aspectos a tratar dentro de la investigación de la movilización social: las redes. El avance en derechos y visibilidad, acompañado del cambio de paradigma, ha ayudado a aliviar la presión del histórico estigma existente sobre este colectivo. A través de la difusión de nuevos discursos, y estrategias de aproximación de su realidad a la sociedad, este grupo ha logrado pasar de una posición de debilidad a situarse como un aliado de múltiples movimientos sociales que van más allá de su histórico aliado en el colectivo LGBT.

Esto ha venido motivado (aparte de sus propios avances) por la presión y difusión de los discursos neoconservadores que, como ya hemos visto, suponen uno de los principales focos de presión de múltiples grupos y procesos movilizadores en la actualidad. La necesidad de aliados ha sido una de las problemáticas innatas de la población trans, que siempre se ha visto desplazada. Ahora, gracias a sus avances, se posiciona como aliado potencial para otros movimientos. Esto repercute en su propio beneficio ya que le ayuda a superar el hándicap que hasta entonces le suponía el factor numérico, uno de los alicientes principales de la movilización (el despliegue de fuerza numérica es primordial a la hora de presionar a los grandes poderes) Tal y como manifiesta Della Porta las redes son un facilitador y un producto de la acción colectiva<sup>23</sup>; es decir que producen y son producidas por este tipo de acciones. Así, la realidad del movimiento ha logrado pasar a otro nivel, en el que goza de una mayor participación por parte del FELGT<sup>24</sup> (ahora más implicado con el colectivo trans) y del movimiento feminista (vinculados desde la segunda ola del feminismo<sup>25</sup>) como sus aliados históricos. La actualidad marca una clara dualidad en la que

---

<sup>23</sup> Della Porta, Donatella y Diani, Mario, *Los movimientos sociales...*, p. 156.

<sup>24</sup> FELGTB. *Nuestra historia* [en línea] <<http://www.felgtb.org/quienes-somos/nuestra-historia>> [18 de agosto de 2016].

los discursos neoconservadores se enfrentan a esta nueva alianza entre los movimientos trans, homo y feministas.

Si bien es cierto que, en resumen, no podemos hablar de una victoria para el colectivo trans ante la ausencia de leyes estatales y la persistencia de la discriminación laboral, lo que resulta innegable es que el proceso que ha vivido como colectivo entre el 2008 y el 2016 marca un avance social sin precedentes en la que han logrado una sucesión de avances en contra de la postura del poder político dominante y de un discurso neoconservador de gran calado y difusión. Esto vendría a probar y demostrar un cambio en la mentalidad de la sociedad, más desligada del paradigma moral católico tradicional y, por tanto, más integrad en un nuevo paradigma regido por los derechos humanos, donde la libertad individual se ha convertido en uno de los valores más perseguidos y respetados por los individuos.

### Referencias Bibliográficas

- AGENCIAS. “Navarroa Bai registra el primer proyecto de ley para el reconocimiento de los derechos de los transexuales” [en línea]. *Elpaís.com*, 25 de febrero de 2009. <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/02/25/actualidad/1235516406\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/02/25/actualidad/1235516406_850215.html)> [18 junio 2016].
- “Navarra aprueba la primera ley autonómica sobre derechos de transexuales” [en línea]. *Abc.es*, 12 de noviembre de 2009. <[http://www.abc.es/hemeroteca/historico-12-11-2009/abc/Sociedad/navarra-aprueba-la-primera-ley-autonomica-sobre-derechos-de-los-transexuales\\_1131397752094.html](http://www.abc.es/hemeroteca/historico-12-11-2009/abc/Sociedad/navarra-aprueba-la-primera-ley-autonomica-sobre-derechos-de-los-transexuales_1131397752094.html)> [16 junio 2016].
- Aspas, Sergio. “El cardenal Cañizares defiende la familia frente al “imperio gay” [en línea]. *Elmundo.es*, 18 de mayo de 2016. <<http://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2016/05/18/573ca74aca4741132b8b45ec.html>> [31 agosto 2016].
- Boletín Oficial del Estado. *Disposición 14602* [en línea] Núm. 286, p. 168. <<https://www.boe.es/boe/dias/2012/11/28/pdfs/BOE-A-2012-14602.pdf>> [31 agosto 2016].
- Braulio Martínez, Mildred. *Movilización y discurso sobre familia y matrimonio homosexual y su tratamiento en la prensa (un bienio crucial en España: 2004-2005)*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2015.
- Della Porta, Donatella y Dini, Mario. *Los Movimientos Sociales*. Madrid: Editorial Complutense; Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 2011.

- E. Cué, Carlos. “Obama admite que EEUU “tardó en defender los derechos humanos” [en línea]. *Elpaís.com*, 25 de marzo de 2016. <[http://internacional.elpais.com/internacional/2016/03/24/argentina/1458830064\\_618486.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/03/24/argentina/1458830064_618486.html)> [19 junio 2016].
- Esteva de Antonio, Isabel *et al.* “Organización de la asistencia a la transexualidad en el sistema sanitario público español” [en línea]. *Gaceta Sanitaria*, mayo-junio 2012, 3, Vol. 26, pp. 203-209. <<http://www.gacetasanitaria.org/es/linkresolver/organizacion-asistencia-transexualidad-el-sistema/S0213911112000581/>> [31 agosto 2016].
- EUROPA PRESS. “Luz Verde a la ley que permite el cambio registral de género sin necesidad de operarse” [en línea]. *Elmundo.es*, 1 de marzo de 2007. <<http://www.elmundo.es/elmundo/2007/03/01/espana/1172760745.html>> [18 junio 2016]
- FELGTB. *Nuestra historia* [en línea] <<http://www.felgtb.org/quienes-somos/nuestra-historia>> [18 de agosto de 2016].
- Klandersman, Bert y Staggenborg, Suzanne (ed.). *Metode of social movements research*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2002.
- Landa López, Isabel. “Tesón para ser mujer” [en línea]. *Elpaís.com*, 17 de abril de 2012. <[http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/04/17/paisvasco/1334682990\\_630652.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/04/17/paisvasco/1334682990_630652.html)> [31 agosto 2016].
- Losa, Juan Emilio. “Aclaraciones del colectivo transexual” [en línea]. *Elmundo.es/SALUD*, 9 de mayo de 2005. <<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2005/05/09/hsdudasypreguntas/1115637125.html>> [31 agosto 2016].
- McAdam, Doug; McCarty, John D. y Zald, Mayer N. *Movimientos sociales, perspectivas comparadas*. Madrid: Itsmo, 1999.
- Muñoz Ramírez, Alicia. “Educación para la Ciudadanía y perspectiva de género”. En Ibarra Aguirregabiria, Alejandra (coord.). *No es país para jóvenes*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2012 (CD).
- *Movilización contra Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos. Castilla-La Mancha, Castilla y León y Madrid*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2016.
- Partido Socialista Obrero Español. *Programa Electoral. Elecciones Generales 2004* [en línea]. <<http://web.psoe.es/source-media/000000348500/000000348570.pdf>> [30 agosto 2016].

- Platero Méndez, Raquel (Lucas). "Transexualidad y agenda política: una historia de (dis)continuidades y patologización". *Política y Sociedad*, 2009, 46 (1 y 2), pp. 107-128.
- R. Sanmartín, Olga. "Discriminación positiva en clave transexual" [en línea]. *Elmundo.es*, 25 de febrero de 2009. <<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/02/24/espana/1235508523.html>> [18 junio 2016].
- REUTERS. "El Papa pide "proteger" a la Humanidad de las conductas gais" [en línea] *Elpaís.com*, 22 de diciembre de 2008. <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/12/22/actualidad/1229900404\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/12/22/actualidad/1229900404_850215.html)> [31 agosto 2016].
- Rodríguez, Jesús. "Los Pilares de Dios" [en línea] *Elpaís.com*, 17 de Febrero de 2013. <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/02/15/actualidad/1360950506\\_893143.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/02/15/actualidad/1360950506_893143.html)> [3 junio 2016].
- Snow, David; Soule, Sarah. y Kriesi, Hanspeter. *The Blackwell Companion to social movements*. Oxford: Blackwell, 2004.
- Usaola, Cristina Polo y Zarco, Daniel Olivares. "Consideraciones en torno a la propuesta de despatologización de la transexualidad". *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2011, 31(2), pp. 285-302.
- Vera, Joaquín. "Las agresiones homofóbicas en España repuntaron en 2014" [en línea]. *Elmundo.es*, 6 de enero de 2015. <<http://www.elmundo.es/espana/2015/01/06/54abcbdde2704e38558b4579.html>> [17 junio 2016].



*V.3. DERECHO A LA SEGURIDAD:  
ALGUNAS DIMENSIONES*



# SEGURANÇA PÚBLICA DO BRASIL: A DICOTOMIA CIVIL/MILITAR

## PUBLIC SAFETY OF BRAZIL: THE DICHOTOMY CIVIL / MILITARY

João da Matta Medeiros Neto  
Rute Leite Medeiros  
*Faculdade Maurício de Nassau*

**Resumo:** O presente trabalho traça a trajetória das forças públicas brasileiras, com ênfase nas Polícias Militares, tendo como recortes duas fases históricas de transição política e econômica, compreendidas no período Império/República (1864-1945) e Regime Militar/Democracia (1964-1985), lançando o olhar sobre os aspectos do militarismo e do civilismo que influenciaram as atuais estruturas de segurança pública, em particular das Polícias Militares do Brasil, fugindo da visão tradicional e preconcebida, que lança sobre as instituições policiais as mazelas da corrupção, da ineficiência, truculência e discriminação, pelas suas características intrínsecas, corporativas e culturais, ampliando a análise teórico-metodológica para além das corporações policiais e chegando até o corpo social e as estruturas de poder do Estado. A fonte primordial foi bibliográfica, com viés sociológico-jurídico e contribuições importantes da ciência política. A pesquisa não responde ao mito de visão maniqueísta, que coloca o civil e o militar em lados antagônicos, onde o civil se apresenta como o bem e o militar como o mal (ou vice-versa), mas conclui que as mudanças necessárias ao sistema de segurança pública brasileiro, vão além da tradição institucional e dos caprichos corporativos, sendo fruto de uma conjuntura social, política e econômica que foi construída durante séculos e cujo modelo atual insiste em permanecer incólume, ferindo frontalmente os princípios de direitos humanos erigidos pela Constituição Brasileira de 1988.

**Palavras-chave:** Segurança, Direitos Humanos, Dicotomia Civil/Militar.

**Abstract:** This paper traces the trajectory of Brazilian public forces, emphasizing the military police, with the indentations two historical phases of political and economic transition, understood the period Empire / Republic (1864-1945) and Military Regime / Democracy (1964-1985), casting his gaze on the aspects of militarism and civilismo that influenced the current public security structures, particularly the military police in Brazil, fleeing from the traditional preconceived vision, which launches on police institutions the ills of corruption, inefficiency, truculence and discrimination of their inherent, corporate and cultural characteristics, expanding the theoretical and methodological analysis in addition to police forces and reaching the social body and the state power structures. The primary source was literature with sociological and legal bias and important contributions of political science. The research does not respond to the Manichean view of myth that puts the civil and the military on opposing sides, where the calendar is presented as good and the military as evil (or vice versa), but concludes that the necessary changes to the system Brazilian public security, beyond the institutional tradition and corporate whims, being the result of a social situation, political and economic that was built for centuries and whose current model insists remain unscathed, striking head-on the principles of human rights erected by the Brazilian Constitution 1988.

**Keywords:** Security, Human rights, Dichotomy Civil / Military.

### 1. Introdução

O século XX protagonizou várias reviravoltas no âmbito das atribuições exercidas pelas polícias militares do Brasil, ante sua condição híbrida, ora atuando como força policial

ora atuando como força militar, de acordo com o contexto social e político da época. No Brasil o tema segurança pública sempre foi relegado ao domínio dos militares e a discussão sobre o caráter militar ou civil em tempos de regime autoritário, era definitivamente um assunto proibido dentro e fora da caserna.

A partir de 1980, com o processo de redemocratização do país, veio também o aumento da violência e dos índices de criminalidade, colocando no foco principal das questões nacionais a temática da segurança pública. Esse novo panorama democrático e a crise de insegurança fez emergir um intenso debate nos diversos setores da sociedade, despertando o interesse de pesquisadores e estudiosos sobre o assunto, os quais apontam como principal desafio a necessidade de transformação das atuais estruturas dos aparelhos repressivos do Estado, em particular, das polícias militares, pela sua importância no sistema de segurança pública e pela sua estrutura tradicionalmente militar, arraigada à doutrina de segurança nacional, legado do antigo regime militar<sup>1</sup>. As Constituições brasileiras anteriores e também a vigente, sempre estabeleceram as polícias militares como forças auxiliares e reservas do Exército Brasileiro, mantendo semelhança com a estrutura hierárquica e o modelo de treinamento militar.

O que se percebe é que desde a redemocratização do país, as políticas de segurança pública desenvolvidas pelos Estados do Sul e Sudeste, principalmente Rio de Janeiro e São Paulo, copiadas pelos demais Estados da Federação, vêm sofrendo esse movimento pendular, ora adotando posturas baseadas no discurso dos direitos humanos, ora empregando ações mais repressivas, baseadas na política de segurança eficientista<sup>2</sup>, com as ações de garantia da lei e ordem<sup>3</sup>. Os dados da violência têm demonstrado que a receita não tem dado certo e o brocardo popular que diz que ‘não se pode colocar remendo novo em roupa velha’, adequa-se perfeitamente ao modelo de segurança pública brasileira.

Nos corredores dos quartéis de polícia militar e nas delegacias ouve-se o sussurro de que o atual modelo do sistema policial não atende mais aos anseios da população e do policial, seja ele civil ou militar. A polícia civil, relegada ao longo dos anos por se encontrar em ambiente dominado pelo militarismo, hoje procura ocupar maior espaço

---

<sup>1</sup> Muniz, Jacqueline de Oliveira. *Ser policial é, sobretudo, uma razão de ser: cultura e cotidiano da Polícia Militar do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 1999.

<sup>2</sup> Termo usado por Dornelles para explicar as ações policiais empregadas no Rio de Janeiro durante a abertura democrática (1983-1990) pautadas na militarização da segurança pública que caracterizava a política de segurança do regime militar.

<sup>3</sup> Dornelles, João Ricardo W. *Conflitos e segurança: entre pombos e falcões*. Rio de Janeiro: lumenjuris, 2003.

no sistema de segurança pública, mas não abre mão de sua tradicional postura estritamente jurídico-processualista, enfatizando que sua atividade deve ter o *status* de carreira jurídica. De outro lado, a Polícia Militar, ligada umbilicalmente às tradições e cultura herdadas do Exército Brasileiro, sofre um desgaste sem precedentes na sua história, consequência do próprio processo de transição democrática que repele todo e qualquer resquício da ditadura militar. A Polícia Militar procura manter seu protagonismo no cenário da segurança pública, mais resiste em quebrar paradigmas que impedem sua modernização e sintonia com o estado democrático de direito.

Com recorte em duas fases principais de transições políticas vivenciadas pela nação, demarcadas no período do Brasil Imperial à República (1864-1945) e da Ditadura Militar até a Democracia (1964-1985), lançamos nosso olhar sobre os aspectos do militarismo e do civilismo, que estão escondidos ou muitas vezes são ignorados pela bibliografia específica, tendenciosa a atribuir à instituição policial militar, as mazelas da corrupção, violência, da criminalidade, deficiência, truculência e discriminação, pelas suas características intrínsecas, corporativas e culturais, quando na verdade a análise teórico-metodológica deve ser ampliada, para além destas instituições chegando até o corpo social e as estruturas de poder do Estado. Às vezes, é preciso olhar de dentro da organização para entender suas feridas, traduzir o que sua linguagem peculiar quer dizer, ouvir claramente, sem meias palavras nem disfarces convencionais, aquilo que só pode ser dito ou ouvido por quem é nativo e, esta é mais uma característica peculiar desta pesquisa<sup>4</sup>. No papel de mediador das tensões sociais reservamos o enfoque sobre a pessoa do policial, não apenas como objeto de estudo, mas como sujeito de direitos e coparticipantes das transformações e frustrações sociais. A nossa fonte primordial foi bibliográfica, com viés sociológico-jurídico, apresentando também matizes da ciência política. A pesquisa não responde ao mito de visão maniqueísta, que coloca o civil e o militar em lados antagônicos, onde o civil se apresenta como o bem e o militar como o mal (ou vice-versa), mas a investigação conclui que as mudanças necessárias no sistema de segurança pública brasileiro, capazes de atender aos anseios da população e também dos policiais, sejam estes civis ou militares, vão além da tradição institucional e dos caprichos corporativos, sendo fruto de uma conjuntura social, política e econômica que

---

<sup>4</sup> Velho, Gilberto. "Observando o familiar". Em De Oliveira Nunes, Esdson (coord.). *A aventura de sociológica: objetividade, paixão, improviso e método na pesquisa científica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

foi construída durante séculos e cujo modelo atual insiste em permanecer incólume diante das mudanças necessárias.

## 2. Da Senzala aos Quartéis

Quem vive ou viveu o dia a dia da caserna no Brasil e serve ou serviu nas corporações policiais militares, já ouviu as expressões: *meganha*, *mocorongo*, *bicho de oreia*, e outros adjetivos que são utilizados principalmente quando os recrutas, os recém-inclusos nas fileiras, iniciam a vida e o treinamento militar. As praças das antigas milícias do período colonial, hoje denominadas de polícias militares, sempre foram estereotipadas como indivíduos de segunda categoria, bitolados, truculentos, etc.

Observando de forma superficial esse tratamento dado aos soldados dentro da caserna, imagina-se que tudo tem sua origem no ritualismo interno dessas corporações, fazendo parte da cultura organizacional. Quando lançamos um olhar mais científico sobre essas questões vamos nos surpreender com os resultados, e os preconceitos e estereótipos acabam por serem reproduzidos dentro de um fenômeno sociológico bem mais amplo.

As contribuições teóricas aduzem que o tratamento dado aos nossos soldados até os dias atuais reproduz o mesmo tratamento que era dado ao escravo, no final do século XIX e início do século XX, isto porque muitos dos que serviam nas fileiras do Exército tinham sido escravos ou filhos de escravos e como não mais interessavam aos seus antigos donos, encontravam na vida castrense a única opção de livrar-se da fome, da punição ou da própria morte.

Os estudos de Chiavenato<sup>5</sup>, publicados na célebre obra de sua autoria, *O Negro no Brasil*, deixam claro que servir ao Exército naquela época era um verdadeiro castigo, uma desonra, muitas vezes reservada aos negros e brancos desqualificados, tidos como vagabundos, malandros, bêbados e desempregados. Para não ser castigado o indivíduo muitas vezes precisava se subordinar as autoridades responsáveis pelo alistamento e, o mais absurdo de tudo, muitas vezes, para escapar da convocação, era necessário provar ser homem de boa conduta.

Abrimos parênteses para explicar, recorrendo à pesquisa de Beathie (2009), que havia duas formas de alistamento militar. A *conscrição* e o *recrutamento forçado*. Tanto um quanto o outro significava o trabalho compulsório, diferenciando-se pelo

---

<sup>5</sup> Chiavenato, Julio José. *O negro no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2012.

método e significados. A *Conscrição* vem do latim, e significava “alistar ou selecionar de uma lista.” Era à obrigação dos cidadãos romanos (homens que possuíam requisitos mínimos de propriedade) de estarem aptos para o serviço militar. *O recrutamento forçado* por sua vez, indicava um ato coercitivo utilizando a força da polícia para recolher homens recrutáveis pelas ruas, geralmente vadios e criminosos. As idades das praças variavam entre 16 e 58 anos e a maioria não era casada, pois o casamento o protegia do alistamento forçado.

No Império o Exército era menosprezado e os que serviam em suas fileiras, nas classes mais subalternas, era a gente recém-liberta da escravidão e por isso sofriam o preconceito de todas as ordens. O que dizer então dos que sentavam praça nas milícias? Embriões das atuais polícias militares. Serão elas responsáveis por aglutinarem o grande contingente de soldados negros, que irão morrer na frente de batalha, servindo de bucha de canhão, como expressa o trecho escrito por Chiavenato.

Tradicionalmente o negro foi bucha de canhão. Antecipando as tropas regulares eram enviados à frente sem cobertura, morrendo para desgastar os inimigos. Só depois avançavam as tropas disciplinadas, comandadas por oficiais mais competentes. [...] Os negros foram usados porque não havia outra opção. Na colônia, sem soldado negro não se formariam as milícias<sup>6</sup>.

A expressão, *bucha de canhão*, até os dias de hoje é muito ouvida nas conversas informais dos corredores dos quartéis de polícia militar, como indicação de alguém (policial) que está trabalhando no policiamento das ruas, no patrulhamento rádio-motorizado, exposto a toda sorte de acontecimentos, sentindo-se desamparado pelo Estado e por leis que favorecem a criminalidade.

### **3. O Holocausto Esquecido**

A questão racial no Brasil não é o foco principal desta pesquisa, mas não há como falar do processo de formação das nossas forças policiais sem tocar nesse aspecto. O Império precisava passar por uma transição econômica e política para atender as novas exigências do capitalismo moderno, liderado pela Inglaterra que pressionava o Brasil a substituir a mão de obra escrava pelo trabalho assalariado, visando alcançar novos mercados. Por outro lado, a pressão externa para que o Brasil abolisse a escravidão, será uma ameaça para as oligarquias existentes, que teme o enegrecimento do país. O negro tem peso social e, manifesta o interesse libertário, pois, embora não

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 203-204.

fosse a maioria da população, era nascido no Brasil, falava português e já tinha mais de 250 anos de aprendizado sobre a sociedade brasileira.

A guerra do Paraguai vai cair como uma luva. Financiada pelos bancos ingleses de um lado, interessados em retirar aquele país como obstáculo aos seus interesses, e de outro as classes dominantes do Brasil, entre outras coisas, ela contribuirá pelo extermínio de milhares de negros que forçadamente se incorporaram às forças militares. Registra Chiavenato (2012, p. 195) que “a população de negros diminui de 31,2% no Brasil para 15,2%, de 1850 até logo depois da guerra. Enquanto a população branca cresceu 1,7 vezes, a negra diminui 50%, a contar-se dos 15 anos próximos à guerra (1860-1875)”. Assevera o autor que entre 1860 e 1872, na guerra e durante a guerra desapareceram mais de um milhão de negros no Brasil.

O mais interessante é que o Exército brasileiro, que deveria ser composto por dois terços de brancos e um terço de negros, considerando a população da época, tinha em suas fileiras, 45 soldados negros para cada homem branco.

Passado mais de um século desde a abolição da escravatura no Brasil percebe-se que o soldado-escravo, agora alçado a condição de soldado-profissional, não conseguiu desvencilhar-se de muitas mazelas sociais e culturais do passado. Ele não tem consciência de classe, nem sequer sabe se é policial ou soldado. Deixou de ser propriedade do seu senhor e passou a ser objeto da exploração do Estado. A sua condição de policial no estado democrático de direito lhe impõe o dever de ser profissional hábil, educado, mediador dos conflitos sociais e lhe exige o risco da própria vida em favor da cidadania, mas a condição de militar lhe nega os direitos de qualquer outro trabalhador. Nesse sentido buscamos arrimo na preciosa lição do clássico de Janowitz<sup>7</sup> (1967), quando ele teoriza sobre a profissão militar, asseverando que seu *ethos* é caracterizado pela condição de tornar-se um profissional das armas, ou seja, de abonar a sua própria condição de indivíduo, para transformar-se em um ser cuja identidade é determinada pela instituição, que tem no combate sua função. Todo aprendizado está voltado para essa finalidade. Construir um novo homem. Não é a toa que a formação de um policial militar é bem mais longa que a de um policial civil ou federal, sem que isto implique em melhor condição salarial e de trabalho. Tanto o policial militar quanto o policial civil procedem da mesma sociedade, todavia, com

---

<sup>7</sup> Janowitz, Morris. *Social Change and Prejudice Including Dynamics of Prejudice*. New York: The Free Press of Glencoe, 1967.

relação ao policial militar é preciso maior esforço estatal para retirar-lhe da condição de indivíduo para impregnar-lhe a condição corporativa.

As Policiais Militares do Brasil ainda trazem consigo as marcas da truculência, fruto do seu papel de garantidor de uma ordem social historicamente calcada na hierarquia social e na discriminação. É verdade que no horizonte dos direitos humanos os instrumentos que devem garantir a segurança da população assumem um papel relevante, todavia, não se pode simplesmente analisar o maior ou menor grau de comprometimento dessas instituições com os direitos humanos sem buscar conhecer a sua origem, a herança cultural e jurídica que influenciaram e continuam influenciando as relações *interna corporis* e o *corpus jurídico* que estruturou essas forças repressivas do Estado brasileiro.

#### **4. Militarismo e Civilismo: Duas Sub-ideologias**

No Brasil a polícia foi instituída pela Lei de 6 de junho de 1831, com o nome de Guardas, como se vê nos seus artigos 10 e 11. Sua organização se deveu ao *Acto adicional*, Lei n. 16 de 12 de agosto de 1834, que em seu artigo 11, autorizou as Assembleias Provinciais a fixarem as forças policiais respectivas. O saudoso Esmeraldino Bandeira, um dos mais ilustres juristas do direito militar brasileiro, deixa claro em seus estudos que a preocupação sobre o caráter militar dos integrantes da polícia já estava presente desde aquela época:

O Commandante Geral e Officiaes do Corpo Militar de Policia da Côrte serão de livre nomeação e demissão do Governo, e gosarão, enquanto servirem, das mesmas honras e distincções que competem aos Officiaes do Exercito; e que – os crimes commettidos pelas praças e Officiaes do Corpo em serviço, se considerarão militares e serão punidos segundo o mesmo Regulamento, ou as leis militares conforme as circunstancias que os revestirem<sup>8</sup>.

Como se vê, a discussão em torno do caráter militar dos integrantes das Polícias Militares existe mesmo antes da Constituição Federal de 1988, sobretudo quando estes estavam atuando na atividade de policiamento, patrulhamento urbano, de trânsito, policiamento de guardas de presídios, atividades consideradas pelos estudiosos de polícia, como sendo de natureza civil. Esses questionamentos eram feitos principalmente no campo jurídico, quando o policial militar, no exercício da função

---

<sup>8</sup> Bandeira, Esmeraldino. *Direito, justiça e processo militar*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919.

policial, era autor ou vítima de algum fato de repercussão criminal cuja tramitação se via processar na justiça. Para vários doutrinadores do direito penal militar o policial militar só seria considerado militar propriamente dito quando empregado em atividade essencialmente militar (prontidão, manobra, operação de guerra), uma vez incorporado às Forças Armadas. Na defesa deste argumento muitos autores se firmam principalmente no art. 22 do Código Penal Militar (ainda em vigor) que reza: “É considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar”.

Como se observa, o citado artigo faz referência exclusivamente às Forças Armadas, sem mencionar as Polícias Militares. Dando essa mesma interpretação, nos anos de 1960, durante a vigência da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 297, com o seguinte enunciado: “Oficiais e praças das milícias dos Estados no exercício de função policial civil, não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a Justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles<sup>9</sup>”.

No decorrer da história a Força Policial no Brasil sempre privilegiou a estrutura militar, sendo constituída sob as bases da hierarquia, disciplina, armamento, uniforme, características de quem exerce nitidamente funções militares. Fernandes (1973), em cujos estudos nos baseamos para dissertar sobre essa dicotomia secular, pela clareza de seus argumentos, diz que apesar de existir certos pontos de compatibilidade entre a função militar e a função policial, elas apresentam rigorosamente diferenças fundamentais, como comenta a escritora:

A função *militar* diz respeito à manutenção e/ou reestabelecimento da “ordem social”, entendida aqui como aquela em que se configuram as bases nucleares do sistema: sua formação de classe. A função *policial* visa manter a “ordem urbana”, ou seja, permitir o funcionamento “ordenado” dos subprodutos do processo de urbanização: configurações de um estilo de vida tipicamente cidadão. Por outro lado, a atuação militar é sempre *coletiva* – o pelotão, a companhia, o batalhão – visando o controle de movimentos sociais; o policiamento, ao contrário, pode perfeitamente ser estabelecido em bases individuais, mesmo sua ação grupal não mantêm os liames estruturais dos

---

<sup>9</sup> Lobão, Célio. *Direito penal militar atualizado*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p.58.

“grupos” militares. Enquanto a atuação da esfera militar é *política*, a do policial é mais estritamente *jurídica*, Código Penal, Lei das Contravenções<sup>10</sup>.

Concluindo seu pensamento diz a autora que essas funções tão distintas propiciaram esse caráter híbrido à Força Pública e criaram internamente duas ideologias, a militar e outra civilista, que depois se transformaram em duas “correntes”, que lutam pela afirmação de uma delas.

Com o advento da democracia no Brasil, após duas décadas de ditadura, imaginava-se que o problema dessa dualidade da Polícia Militar, estrutura e formação militar com funções policiais essencialmente de natureza civil, finalmente chegaria a um fim racional. Na realidade não foi o que aconteceu, pode-se afirmar o contrário. As Polícias Militares, do ponto de vista jurídico, nunca foram tão militares quanto hoje. Quando se esperava que o legislador constituinte, aproveitando a conjuntura democrática, fosse paulatinamente abrandando ou mesmo retirando o caráter militar das Polícias Militares, na contramão da história, a atual Constituição Federal de 1988, no *caput do art. 42* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18/98) asseverou ainda mais o seu aspecto castrense, estabelecendo:

Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Coincidentemente foi nesse período, quando se intensificaram os atos de manifestações e revoltas das praças das Polícias Militares, marcada pelo episódio de Minas Gerais (1997) que resultou na morte de um Cabo da PM Mineira, que o governo do sociólogo e democrata Fernando Henrique Cardoso mobilizou a sua base no Congresso Nacional visando alterar a Constituição Federal, que passou a denominar os policiais militares de *Militares dos Estados*. É importante ressaltar que em outras épocas, o *status* de militar sempre foi um sonho histórico almejado pelos componentes da PM. O tratamento antes dado, *Servidores Públicos Militares*, que lhes mantinham na condição híbrida de sempre, meio militar, meio civil, tornara-se inconveniente para o governo e era imprescindível encerrar a dúvida secular para sucumbir os movimentos reivindicatórios, exigindo a disciplina castrense.

---

<sup>10</sup> Fernandes, Heloisa Rodrigues. *Política e segurança*. Força pública do estado de São Paulo: fundamentos histórico-sociais. São Paulo: Alfa-Omega, 1973.

A paradoxal militarização da segurança pública brasileira em tempos de democracia pode ser entendida com bastante clareza nos estudos de Zaverucha<sup>11</sup>, quando ele arremata:

A presença militar federal na segurança pública é crescente. Aos poucos competências das polícias vão sendo transferidas para o Exército, em especial. Muito disso se deve à perda de confiança da União nas Polícias Militares e Civis, seja por indisciplina ou por ineficiência profissional<sup>12</sup>.

Ao tratar sobre segurança pública no artigo 144, a Constituição Democrática de 1988 deixa claro quais são os novos fundamentos que deveriam demarcar o campo da segurança pública, caracterizada pelo compromisso com a cidadania, com a dignidade da pessoa humana e com a participação efetiva e não arbitrária do Estado. O art. 144 da CF/88, no seu parágrafo quinto, sinalizou para significativas mudanças no campo da segurança pública, quando substituiu a antiga expressão do regime militar, *manutenção da ordem pública*, por *preservação da ordem pública*, por entender o legislador constitucional que esta última terminologia resgata o verdadeiro papel da atividade policial de mediar os conflitos sociais e se antecipar a conduta antissocial, priorizando ações proativas em relação às ações reativas:

5º Às Polícias Militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

Sem um olhar mais atento, a expressão *manutenção da ordem pública*, contida nas Constituições anteriores e *preservação da ordem pública* da atual Carta, não apresenta qualquer diferença de significado, todavia, a última expressão tem um sentido mais amplo e revela melhor o papel que se espera da polícia, como instituição que está a serviço do cidadão, agindo não para manter uma certa ordem política, social, econômica, a população quieta, pacífica, em silêncio, mas, sobretudo, para facilitar a vida da comunidade no trânsito, nas ruas, nos bairros, não só a polícia que prende o bandido, mas a que está a serviço de sociedade e de cada indivíduo, visando garantir as suas liberdades fundamentais.

---

<sup>11</sup> Zaverucha, Jorge. *FHC, forças armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia 1999 - 2002*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2005.

<sup>12</sup> Zaverucha, Jorge. *FHC, forças armadas e polícia...*, p. 251.

## 5. Dicotomia e Desmilitarização

Por ocasião do Segundo Império foi promulgada a Lei 261 de 03 de dezembro de 1841, que apresentava uma organização policial, criando em cada província, um chefe de polícia, com seus delegados e subdelegados. Esta mesma lei foi completada pelo Regulamento 120 de 31 de janeiro de 1842, que dividiu a polícia em *administrativa* e *judiciária*, nos moldes do sistema francês.

O sistema policial brasileiro adotado pela Constituição de 1988, mesmo diante de tantas transições vivenciadas pelo país desde o período colonial, ainda procurou se aproximar do modelo francês. Utilizamos aqui das explicações do saudoso estudioso de polícia, Coronel Nazareth Cerqueira<sup>13</sup>. Ele esclarece que há uma *dicotomia primária e clássica*, baseada na ideia de prevenção e repressão. A polícia administrativa previne e regula enquanto a polícia judiciária reprime. Dentro dessa concepção as duas polícias se completam, uma agindo antes da infração, e a outra, após. Mas há também outra dicotomia, que trata da separação entre as organizações policiais, quebrando o ciclo completo de polícia, prevenção/repressão. O modelo francês ou jurídico, não prevê a existência de polícias divididas e que lutam por espaço e poder como é o nosso caso. O modelo francês prevê duas funções, cujas atividades podem ser perfeitamente cumpridas por pessoal comum. O policial que faz a ronda pode participar tanto como polícia administrativa quanto como polícia judiciária<sup>14</sup>.

O Brasil, após o advento da democracia, distorceu o sistema francês por nós adotado. Antes da vigência da atual Constituição Federal de 1988, era comum aos policiais militares exercerem a função de delegados de polícia e trabalharem juntos com escrivães e agentes civis. Na contramão do processo democrático, os políticos brasileiros não tiveram coragem de mexer nas estruturas ultrapassadas do sistema de segurança pública brasileiro. Durante as primeiras décadas do período democrático, o que se viu foi o duro regime de revanchismo aos militares, e porque não dizer às Polícias Militares, já que as Forças Armadas continuaram intocáveis. Houve um verdadeiro repúdio ao militarismo, o que fez recrudescer ainda mais a aversão entre o civil e o militar, colocando em lados opostos policiais civis e policiais militares.

Com a crescente onda de criminalidade a exigência da população sobre a polícia, lhe retirando da histórica zona de conforto, exige cada vez mais competência e ação fora dos padrões tradicionais. Por sua vez, os governantes querendo acalmar o

---

<sup>14</sup> Leal, Ana Beatriz. Pereira, Íbis Silva e Munteal Filho, Oswaldo (coords.). *Sonho de uma polícia cidadã: Coronel Carlos Magno Nazareth Cerqueira*. Rio de Janeiro: NIBRAC, 2010.

clamor social, procuram enfrentar a criminalidade sugando ainda mais das corporações policiais, que já não se submetem as mesmas explorações do passado sem receber em troca os benefícios da cidadania que deve garantir à população. Não é possível respeitar a cidadania sentindo-se excluído dela. Parece-nos que os corpos dóceis de Foucault (1987) já não são tão dóceis assim.

Durante muito tempo o Estado brasileiro tentou convencer e até convenceu grande parte das corporações policiais militares de que sua condição de militar lhe dava o *status* de categoria especial. Mas, nos últimos anos parece que finalmente os integrantes das Polícias Militares compreenderam ou vem compreendendo as desvantagens de permanecerem nessa condição híbrida, fazendo lembrar as palavras de Faoro<sup>15</sup>:

Os valores burgueses, que estimam no produtor o único elemento útil na sociedade, desprezam o homem que não planta, não fabrica faz a riqueza circular. O militar, sem utilidade social, seria um monstro obsoleto, sobrevivo apenas enquanto não se civilizasse o mundo.

Estudos de cunho sociológico, do passado e do presente, têm demonstrado que o caráter militar das polícias militares não se coadunam nem nunca se coadunaram com a atividade policial. É o que enfatiza Fernandes (1973), quando assevera:

Para as rondas, para as patrulhas, para a manutenção da ordem nas ruas, na praça pública, mais se precisa do guarda inteligente, perspicaz e ativo, do que do soldado, com o aparato marcial de suas armas e com a ostentação de sua força<sup>16</sup>.

Em estudo mais atual, Muniz<sup>17</sup>, dissertando sobre a cultura e o cotidiano das polícias militares no Brasil, com recorte na Polícia Militar do Rio de Janeiro, identifica no *militarismo* uma das principais características que impede a polícia de cumprir o seu verdadeiro papel em uma sociedade cujas demandas são próprias de uma ordem pública democrática. Assim ela ressalta:

Os próprios policiais militares diagnosticam a tensão daí resultante (*I.5: O mundo da caserna: Policiais Militares versus o "Militarismo"*), onde as dinâmicas históricas, organizacionais e doutrinárias de matriz militar se chocam com os processos, necessidades e percepções propriamente policiais circunscritos pelas demandas por uma ordem pública democrática.

---

<sup>15</sup> Faoro, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2008, p. 538.

<sup>16</sup> Fernandes, Heloisa Rodrigues. *Política e segurança*. Força pública do estado de São Paulo: fundamentos histórico-sociais. São Paulo: Alfa-Omega, 1973.

<sup>17</sup> Muniz, Jacqueline de Oliveira. *Ser policial é...*, p. 12.

Sempre que se fala em desmilitarização das polícias militares no Brasil, é comum alguém fazer comparações com o caso das polícias norte-americanas, por se entender que elas são referência mundial. Praticamente em todos os Estados americanos elas têm hierarquia e vestem fardas. O Departamento de Polícia do Estado de Maryland, por exemplo, bastante visitado pelas comitivas de cursos de especializações em segurança pública das academias brasileiras, apresenta hierarquia semelhante as das polícias militares. Entretanto, esta análise não pode ser feita de forma tão simplória, em seus estudos Muniz<sup>18</sup> ressalta:

[...] Nesse particular, é preciso atentar para a experiência norte-americana de paramilitarização das polícias, distinguindo-a fortemente do fenômeno ocorrido no Brasil. O “militarismo” tratado aqui não se confunde com a necessidade funcional nem do uniforme nem da hierarquia no funcionamento de um meio de força comedido. Reporta-se a perniciosa influência do Exército sobre os assuntos de segurança pública que desconsidera as especificidades do trabalho policial.

Ao longo da história muitas organizações policiais adotaram o modelo militar em virtude da conjuntura política vivenciada no instante de sua criação<sup>19</sup>. A criação da Guarda Civil Espanhola, intitulada pelos espanhóis como *La Benemérita*, talvez seja o exemplo mais semelhante ao das nossas polícias militares, *A Briosas*. A bibliografia consultada relata que a guarda civil espanhola foi uma necessidade histórica do seu tempo. Os autores espanhóis, ao contrário do que se percebe no contexto da literatura brasileira a respeito das polícias militares, sempre enfatizaram que seu modelo foi resultante das exigências políticas, sociais e culturais do momento vivido pela Espanha da época, a exemplo da rivalidade entre liberais progressistas e moderados, o novo período de uma monarquia constitucionalista, cujos processos de transformações estavam ocorrendo nas chamadas nações desenvolvidas, Inglaterra e França. A Guarda Civil espanhola é mostrada como ponto de equilíbrio, de resolução para os problemas de insegurança que vivia o país. Seu modelo militarizado é mostrado pelos vários autores como a forma mais adequada para lidar com as circunstâncias políticas e sociais do seu tempo. Vejamos como isto fica claro no comentário de Garrido: “La tesis que se sostiene en las páginas de esta obra es que la Guardia Civil fue uno de los

---

<sup>18</sup> Muniz, Jacqueline de Oliveira. *Ser policial é...*, p. 14.

<sup>19</sup> Costa, Arthur Trindade; De Lima, Renato Sérgio. “Segurança pública”. En De Lima, Renato Sérgio; Ratton, José Luiz; et als. (coords.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

instrumentos esenciales, quizá el más decisivo, para construir el Estado centralista de los moderados en el siglo XIX<sup>20</sup>”.

Atualmente não se fala em outra coisa que não segurança pública, a mudança na estrutura das polícias é tema atualíssimo, todos concordam que o sistema policial brasileiro está arcaico, corrompido e não atende aos anseios da sociedade e também dos profissionais de segurança pública de todas as instituições policiais, sobretudo, as policiais militares, que vivenciam uma crise brutal de identidade, dividida entre a função civil de policial e os valores castrenses do militarismo que lhe impedem e aos seus integrantes de desenvolverem o verdadeiro papel institucional e social.

## 6. Considerações Finais

Os governos que seguiram após o período de abertura democrática insistiram em diminuir a violência crescente no país, focando suas ações na estabilização da economia e na diminuição das diferenças sociais, mas sem êxito, ainda não se deram conta de que é preciso enfrentar o problema de maneira específica. Já está provado que o modelo tradicional, penalista-militarista, de comprar mais viaturas, mais armamento, mais equipamentos, endurecer as sanções penais e fazer ampla divulgação midiática não dá resultados consistentes.

Dividida entre a sua estrutura organizacional, de natureza militar e sua função policial, de natureza civil, a Polícia Militar vive um conflito de identidade cujo dilema se agravou com o advento do Estado Democrático de Direito e com o processo crescente do aumento da criminalidade, que exige mais eficiência, profissionalismo e práticas cada vez mais democráticas por parte dos organismos de segurança pública do Estado. A literatura especializada na área de segurança pública não apresentou até agora nenhum modelo que se encaixe perfeitamente na realidade brasileira. Entretanto, uma coisa parece bem clara, o modelo atual do sistema de segurança pública não consegue satisfazer às exigências de uma sociedade que pretende exercer o controle social sem extrapolar as bases e princípios democráticos.

Não estamos defendendo a desmilitarização da instituição policial militar sob todos os aspectos, e sim, a desmilitarização da concepção militar de realizar segurança pública. Será que isso é possível? Pensamos que é perfeitamente possível conciliarmos as regras de formação básica militar no que se refere à hierarquia e a disciplina interna

---

<sup>20</sup> Garrido, Diego López. *La guardia civil y los orígenes del estado centralista*. Madrid: Alianza Editorial, 2004, p.11.

da instituição policial e ao mesmo tempo termos uma polícia vocacionada às relações civis, de prestação de serviço de segurança pública, totalmente pautada sob uma concepção comunitária, respeitadora dos direitos humanos, como ocorre nas nações desenvolvidas. Há uma exigência latente de um novo paradigma, o paradigma de um policiamento cidadão que privilegie o policial integrado à comunidade, respeitando a lei e sendo respeitado.

Se perguntarmos a qualquer delegado de polícia civil qual a sua função ele responderá que sua carreira é jurídica. Se perguntarmos a mesma coisa a um policial militar de qualquer graduação ele responderá, sou militar. Afinal, onde estão os policiais no país que apresenta um dos piores índices de criminalidade do mundo? Por que ninguém é ou quer ser policial no país que tem atualmente a segurança pública como um de seus principais problemas?

A polícia precisa ser prestigiada não em si mesma, como querem as corporações policiais civis e militares. Como argumentou Cerqueira, elas precisam ser entendidas *a priori*, prestigiadas *como* órgão necessário e essencial, que materializa a função de proteção social<sup>21</sup>.

### Referencias Bibliográficas

- Bandeira, Esmeraldino. *Direito, justiça e processo militar*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919.
- Beattie, Peter M. *Tributo de sangue: exército, honra, raça e nação no Brasil (1964-1945)*. Tradução de Fábio Duarte Joly. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.
- Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas emendas constitucionais nº 1/92 a 56/2007 e pelas emendas constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.
- Chiavenato, Julio José. *O negro no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2012.
- Costa, Arthur Trindade; De Lima, Renato Sérgio. “Segurança pública”. En De Lima, Renato Sérgio; Ratton, José Luiz; et als. (coords.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

---

<sup>21</sup> Leal, Ana Beatriz; Pereira, Íbis Silva e Munteal Filho, Oswaldo (coords.). *Sonho de uma polícia cidadã...*

- De Moraes, Bismael Batista. *Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1986.
- Dornelles, João Ricardo W. *Conflitos e segurança: entre pombos e falcões*. Rio de Janeiro: lumenjuris, 2003.
- Faoro, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2008.
- Fernandes, Heloisa Rodrigues. *Política e segurança*. Força pública do estado de São Paulo: fundamentos histórico-sociais. São Paulo: Alfa-Omega, 1973.
- Garrido, Diego López. *La guardia civil y los orígenes del estado centralista*. Madrid: Alianza Editorial, 2004.
- Janowitz, Morris. *Social Change and Prejudice Including Dynamics of Prejudice*. New York: The Free Press of Glencoe, 1967.
- Leal, Ana Beatriz; pereira, Íbis Silva e Munteal Filho, Oswaldo (coords.). *Sonho de uma polícia cidadã: Coronel Carlos Magno Nazareth Cerqueira*. Rio de Janeiro: NIBRAC, 2010.
- Lobão, Célio. *Direito penal militar atualizado*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- Muniz, Jacqueline de Oliveira. *Ser policial é, sobretudo, uma razão de ser: cultura e cotidiano da Polícia Militar do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 1999.
- Velho, Gilberto. “Observando o familiar”. En De Oliveira Nunes, Esdson (coord.). *A aventura de sociológica: objetividade, paixão, improviso e método na pesquisa científica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- Zaverucha, Jorge. *FHC, forças armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia 1999 - 2002*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2005.

# LA PENA DE CÁRCEL COMO PARADIGMA DE EVOLUCIÓN EN UN SISTEMA DE JUSTICIA INACABADO. TRAYECTOS PARA UN SISTEMA PRISIONERO HUMANISTA

## THE PENALTY OF PRISON AS A PARADIGM OF EVOLUTION IN AN UNFINISHED JUSTICE SYSTEM. TRAITS FOR A HUMANIST PRISON SYSTEM

Marco Ribeiro Henriques  
*Instituto Jurídico Portucalense*

**Resumen:** La pena es un mal necesario; indispensable a la vida en sociedad, dada la, históricamente comprobada, tendencia para el Ser Humano violar los dispositivos de convivencia social, operando contra sus pares, y, en consecuencia, contra la comunidad, colectivamente considerada, donde este se insiere o debería inserir.

En este contexto, diremos que, en un estado que se reputa como siendo de derecho y democrático, la norma social solo podrá encontrar amparo en el reducto legislativo. Es la ley que determina el conjunto de derechos fundamentales para que sean respetados y, en el mismo sentido, también es la norma legal, que va fundamentar, en exclusivo, la determinación de los instrumentos que serán utilizados en la aplicación de la sanción penal, que puede, en último ratio, limitar el ejercicio pleno de los derechos humanos, en la esfera jurídica individual de la persona humana.

La cárcel, mientras instrumento para la punición penal en el estado moderno, es fruto de la evolución y de un conjunto mensurado de influencias históricas, que encuentran amparo en el andamio milenario de los Derechos Humanos. Los caminos de la reclusión tienen merecido larga intervención, a lo largo de la historia.

Más día menos día, este abordaje humanista a la cárcel llegará al siglo XXI.

**Palabras-clave:** Cárcel, Derechos Humanos, Pena, Historia, Crimen.

**Abstract:** The penalty is a necessary evil; indispensable to life in society, given the historically proven, tendency for humans to violate social devices, operating against their peers, and therefore against the community, collectively considered, where it inserts or should I insert.

In this context, say, in a State that considers as being of law and democratic, the social norm can only find support in the legislative stronghold. It is the law that determines the set of fundamental rights to be respected and, in the same sense, is also the legal standard, which will substantiate, exclusively, the determination of the instruments that will be used in the application of criminal penalties, which can last ratio, limiting the full exercise of human rights, in the individual human person.

Prison, as a tool for criminal punishment in the modern State, is the result of evolution and of a set of measured influences stories, which are the ancient framework support. The paths of seclusion have deserved wide intervention, throughout history.

Later than sooner, this humanist approach to prison will come to the 21st century.

**Keywords:** Prison, Human rights, Punishment, History, Crime.

### 1. La pena de cárcel

Para comprenderla dimensión de la pena privativa de la libertad, comúnmente designada pena de cárcel, será oportuno en primer lugar depurar el significado de pena, así como,

delimitar las complicadas cuestiones relacionadas con el raciocinio referente a la justificación y naturaleza de la propia punición<sup>1</sup>.

Considerando que la atribución de una pena dependerá siempre de una autoridad pública, de una ley y un juzgamiento, es cierto que la pena en este contexto público esté siempre unida a la evolución política de la comunidad, que pasó a organizarse en grupos, ciudades y Estado<sup>2</sup>.

La pena de cárcel, es un mal, sin embargo necesario, indispensable para la vida en sociedad, en la huella de la históricamente adquirida tendencia para el ser humano violar las reglas de convivencia social, actuando dolosamente contra sus pares y la propia comunidad donde está inserido.

En consecuencia, diremos que en un Estado de Derecho democrático, la regla de la ley, será el respaldo primitivo para determinar el conjunto de derechos y deberes para que sean observados por los ciudadanos, bien como, para fundamentar y determinar cuales los instrumentos que serán utilizados en la aplicación de la sanción, cuando esta se muestre necesaria<sup>3</sup>.

En este sentido, la discusión en torno de los fines de las penas es una cuestión filosófica que concierne a principios que fundamentan y sostienen el sistema jurídico-penal. Los juristas penalistas, afirman que el debate en torno de este tema, es más que una pura especulación abstracta, confiriendo sentido, en el ámbito judicial o de ejecución de penas a la actividad cotidiana, en el sentido de justificar la punición de determinada acción, y cual la medida de la pena más adecuada a imputar a determinada acción, y por fin, cual la forma más adecuada de la ejecución de esa misma pena.

Sin embargo, ninguna de estas cuestiones podrá ser respondida, abstrayendo la cuestión fundamental de los fines de las penas. En consecuencia, los abordajes cuanto a los fines de las penas son tradicionalmente divididas en dos grandes corrientes

---

<sup>1</sup> Garland, David. *Punishment and Modern Society*. Oxford: Oxford University Press, 1990, p.17. Donde se define la pena, como el "(...) processo legal pelo qual os infratores da lei penal são condenados e punidos de acordo com categorias especificadas e procedimentos legais".

<sup>2</sup> Dotti, René Ariel. "Bases alternativas para el sistema de penas". *Revista de los Tribunales*, São Paulo, 1998, pp. 31. Y aun, Sigmund, Freud, "Totem e Tabu". *Las Obras Escogidas de Sigmund Freud*. Lisboa: Reloj de Agua editores, 1999, p. 49: "La vida humana encomún solo se torna posible cuando se reúne unamayoríamás fuerte de lo que cualquier individuo aislado y que permanece unida contra todos los individuosaislados. El poder de esa comunidad esentoncesestablecido como "derecho", enoposición al poder del individuo, condenado como "fuerza bruta". La sustitución del poder del individuo por el poder de una comunidad constituyó el paso decisivo de una civilización (...)".

<sup>3</sup> Ferreira, Manuel de Cavaleiro. *Lecciones de Derecho Penal*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 96. "La determinación de la pena aplicable es una función en regla reservada para la propia ley."

ideológicas. Por un lado, las teorías absolutas o de la retribución, y por otro lado, las teorías utilitaristas o teorías de la prevención.

Hablamos en teorías absolutas, porque para esta teoría, la pena sería concebida como una exigencia absoluta, metafísica y ética, de justicia, independientemente de consideraciones utilitaristas. Estas, utilidad y conveniencia, serían siempre secundarias en relación a la exigencia primitiva y pura de justicia encarando la violación de la norma.

En la idea de retribución, la pena expresa así, la censura moral y social para con los infractores, donde la punición busca calibrar la adecuada sanción entre el crimen cometido y la pena atribuida<sup>4</sup>.

Ya en un abordaje a las teorías utilitaristas, estas son descritas como consecuentes, una vez que defendían que la imposición de la punición reduciría la actividad criminal en el futuro a través de la disuasión de la conducta criminógena.

Esta reducción de la criminalidad sería operada a través de la prevención general y prevención especial<sup>5</sup>.

La prevención general, busca influenciar la comunidad en general a obedecer a las leyes, o comunicar a la sociedad en general a través de la coacción, o sea, la demostración de lo que sucede si comete un crimen.

La prevención especial, es direccionada a la persona condenada a una pena y que la tenga de cumplir, para que no vuelva ella propia a cometer crímenes, la reducción de la criminalidad sería obtenida así, a través de su disuasión e incapacitación, reforma moral y rehabilitación penitenciaria del individuo, sujeto del crimen.

Estas corrientes filosóficas, son albo de muchas críticas, sobre todo en Europa, donde en la generalidad, el ideario socializador impregnó en el sistema penal. Las críticas inciden sobre todo, en el hecho de las teorías clásicas de las penas, desenvueltas en los siglos XVIII e XIX, se basan en la idea del hombre racional que por libre iniciativa y opción cometía los crímenes. Esta disuasión y la retribución, serían los principales propósitos y objetivos a alcanzar con las penas.

La teoría penal moderna reaccionó a estos argumentos, buscando mostrar que la teoría clásica subestimaba factores psicológicos, psicosociales y sociales del comportamiento humano.

---

<sup>4</sup> De Figueiredo Dias, Jorge. *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 45-48.

<sup>5</sup> De Figueiredo Dias, Jorge. *Direito Penal...*, p. 49.

En consecuencia, enfatizan la reforma y la rehabilitación y, en la imposibilidad de estas, la incapacitación criminal del individuo como los fines a alcanzar con las penas. Ambas las grandes corrientes, siguen teniendo una gran influencia en el nuevo pensamiento penal. Como tal, el sistema de justicia criminal europeo siempre combinó elementos compensatorios y utilitaristas, en aquel que se tornó conocido como la Teoría de la Unificación<sup>6</sup>.

Países como el Reino Unido<sup>7</sup>, Alemania y países escandinavos fueron particularmente lejos en la implementación de las reformas en el sentido de tornar la rehabilitación como la principal línea a seguir en sus políticas penológicas.

Mientras que Países como Bélgica y Francia permanezcan fieles al abordaje neoclásico, aunque adoptando oficialmente la idea de la resocialización mientras que nueva forma de defensa social, manteniendo siempre mientras la disuasión y la retribución como los principales propósitos a alcanzar con las penas.

Aquí llegados, e independientemente del énfasis dado por cada país al fin de alcanzar con las penas, de una forma general, todos, con mayor o menor relevancia, están presentes en los sistemas de justicia criminal europeos, originando verdaderos sistemas híbridos, terminadas las penas versan fundamentalmente confluir en uno de tres vectores- llave; socialización, resocialización o reintegración social del agente del crimen.

La socialización, puede ser definida como la asimilación, por los individuos, de costumbres característicos de su grupo social, a través de un proceso de interiorización de la cultura de la comunidad donde están inseridos. Es un proceso continuo, que nunca se da por terminado. Y a la resocialización, es un término frecuentemente utilizado en los debates y reflexiones relativos a cuestiones conexas a reclusos, bien como, en algunos instrumentos legales.

La expresión resocialización nos remite para la idea de una nueva socialización, o sea, de la repetición de algo interrumpido a un determinado momento representando, desde luego, una evidente negación del principio de la socialización como un proceso continuo.

---

<sup>6</sup> Von Hirsch, Andrew. *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. Oxford: Hart, 1999, pp. 66-99.

<sup>7</sup> A pesar de Reino Unido haber sido de los países que más lejos llevó la cuestión de la resocialización, es de destacar el declino que se tiene verificado en la idea de socialización de su modelo de justicia, en pro del modelo dicho neoclásico. A pesar de nunca haber abandonado programas de rehabilitación, la resocialización dejó de ser el eje orientador sobre el cual eran aplicadas las penas.

La resocialización, en este contexto, presupone una postura pasiva del recluso y activa por parte de las instituciones. Son herencias anacrónicas de la vieja criminología positivista que tenía el condenado como un individuo anormal e inferior que necesitaba ser (re) adaptado a la sociedad, proceso que, implicaría una imposición coactiva de valores.

Por su vez, la reintegración social, es probablemente, la más apropiada expresión, para el que se llama vulgarmente de resocialización. Sería un concepto que expresa la situación en que un determinado individuo vuelve a asumir los valores de su grupo de pertenencia.

La reintegración social requiere la abertura de un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y la sociedad, en el cual los ciudadanos y reclusos se reconozcan en la sociedad y esta, por su vez, se reconozca en la prisión.

La reintegración en la sociedad del recluso, significa, por lo tanto, antes de todo, corregirlas condiciones de exclusión social, de esos sectores, para que los conduzcan a una vida pos-penitenciaria, no signifique simplemente, como casi siempre sucede, el regreso a la reincidencia criminal, o a la marginalización secundaria y, a partir de ahí, una vez más, el regreso a la cárcel.

## **2. Evolución de la pena de cárcel, en el sistema jurídico**

El sistema prisionero comprende el conjunto de órganos funcionales con la competencia de ejecución de la pena y medidas privativas de libertad, garantiendo la creación de condiciones para la reinserción social de los reclusos y contribuyendo para la defensa de la orden y de la paz social.

En este sentido, el tratamiento penitenciario entiende el conjunto de normas jurídico-legales de que la administración penitenciaria dispone, con vista a mejoría de las condiciones afectas al propio establecimiento prisionero, y al incremento de competencias en el recluso, de modo a alcanza una reinserción en la sociedad, teniendo dotado el individuo de una conducta responsable e idónea, alejándolo de una postura criminógena, a lo largo del proceso de cumplimiento de la pena en medio de la cárcel. La cárcel, mientras pena en la edad moderna es fruto de la evolución y de un sumatorio de varias influencias históricas.

En la antigüedad de la civilización la concepción de pena giraba en torno de la prevalencia de la ley del más fuerte<sup>8</sup>, principalmente a través de venganza de cuño personal. Esta forma de resolución recorría de la fuerza del propio ofendido, familia o grupo, para así, imponerla punición en desfavor del criminoso. En este período histórico, la pena no obedecía al principio de la proporcionalidad, el acto de venganza podía ser extendido a la familia del acusado.

Con la evolución social, de la pena de prisión efectiva, a par de la necesidad de evitar genocidios, surge la Ley Mosaica o de Talión, surgiendo aquí el primer resquicio de proporcionalidad entre la pena y el delito, al prescribirla máxima “sangre por sangre, ojo por ojo y diente por diente”, se restringió a la retribución al mal causado.

La legislación penal de las civilizaciones del antiguo oriente se caracterizó por la naturaleza religiosa de sus normas y de los rituales para tranquilizarla ira de los dioses al condenado y así, reconquistar la benevolencia de los dioses<sup>9</sup>.

Con la caída del Imperio Romano, en el siglo IV, y la conquista de los pueblos germánicos o bárbaros extranjeros, surgió el derecho germánico, aunque, bajo fuerte influencia de la iglesia y de su derecho canónico, para quien la venganza divina era ejercida a la proporcionalidad del pecado cometido por el acusado contra Dios.

Estado e Iglesia, se confundían al ejercer el poder, todavía se verifica una evolución en la relación cárcel. La pena, ahora era vista bajo dos perspectivas. La custodia y la eclesiástica. La pena tendría la finalidad de hacer con que el infractor meditase, reflexionase y se arrepintiese de la infracción cometida. En esta fase histórica, surgió la privación de la libertad como pena. La reclusión era tenida como una penitencia y oportunidad de meditación, advenido por eso la palabra “penitenciaria”.

Con el desaparecimiento del feudalismo, y el inicio de la edad moderna, el Estado buscaba asumir una función más autónoma relativamente a la iglesia, aunque bajo sus influencias. Así el mérito alcanzado por el derecho penal canónico fue el de consolidar la punición pública como la única justa y correcta forma de punición, en

---

<sup>8</sup>Conocida como la ley de Darwin que fue un naturalista inglés, desarrolló una teoría evolutiva que es hoy la base de la moderna teoría sintética: La teoría de la selección natural. Según Darwin, los organismos mejor adaptados al medio, tienen mayores probabilidades de sobrevivencia de los menos adaptados, dejando un número mayor de descendientes. Los organismos mejor adaptados, son, por lo tanto, seleccionados para aquel ambiente.

<sup>9</sup>Bittencourt, Cezar Roberto. “Teoria da Pena”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2002, p. 47.

oposición a la práctica individualista de la venganza privada utilizada por el derecho germánico<sup>10</sup>.

En el Estado absolutista, la pena fue concebida como un castigo, una penitencia por el pecado cometido contra el soberano, que se identificaba con Dios. De aquí descendería la capacitación del Estado, en imponer penas a los ciudadanos. El sistema de aplicación punitiva estatal, la venganza pública inquisitoria, permanecía basada en penas pecuniarias, penas corporales y en la pena capital<sup>11</sup>.

La institucional cárcel, era entendida como una forma de coactar al trabajador libre a moldarse al régimen capitalista, el cual los remuneraba con míseros salarios.

Por otro lado, la pena atendía a la prevención general, a través del cual el trabajador libre se sentía intimidado y con miedo de ser enclaustrado en una casa de trabajo, motivo por el cual acababa por acostumbrarse a la disciplina y las condiciones impuestas al trabajo en el régimen capitalista, huyendo de quedar presos en las casas de trabajo, que exigían tareas operarias más forzadas de recluso, sin que por eso hubiesen que ser remunerados. Este sistema fue iniciado en Inglaterra y desenvuelto sobre todo entre los holandeses<sup>12</sup>.

En este período la Iglesia, perdió parte de su poder, pasando la imagen de representante del omnipotente para el monarca, que significaba el Estado y era reconocido por los súbditos a quien deferían el poder de castigarlos.

La venganza, ahora es tenida como pública, definida en leyes absolutas, que en la realidad buscaban mantener en el poder, el monarca que aplicaba la ley. La pena predominante era la muerte, aplicada por medios crueles y deshumanos, principalmente a través de la fuerza, de la hoguera, de la rueda, del arrastramiento, del descuartizamiento, del estrangulamiento, del enterramiento en vida, etc.

---

<sup>10</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl y Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2004.

<sup>11</sup> Para Melossi e Pavarini, la emergencia de la cárcel, otrosí de la pena, se explica por la existencia de un propósito humanitario e idealista de rehabilitación del delincuente, y aun por la necesidad emergente de poseer un instrumento que permitiese la sumisión de la clase menos favorecida al régimen, pudiéndose decir, el capitalismo. El importante era hacer con que el recluso se acostumbrase con la forma de producción sometándose a él y haciendo aún más fácil el control social.

<sup>12</sup> Michel Foucault, afirma que la cárcel es menos reciente de lo que se dice. Foucault, Michel, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1999, p.207. “La forma de cárcel preexiste a su utilización sistemática en las leyes penales. Ella se constituyó fuera del aparato judicial, cuando se elaboran, por todo el cuerpo social, el proceso para repartir los individuos, fijarlos y distribuirlos espacialmente, clasificarlos sacar de ellos el máximo de tiempo, y el máximo de fuerzas, entrenar sus cuerpos, codificar su comportamiento continuo, manteniéndolos en una visibilidad sin hueco, formar en torno de ellos, un aparato completo, de observación, registro y anotaciones, constituir sobre ellos un saber que se acumula y se centraliza”.

En este período de plena expansión del capitalismo, y dada la ampliación de mercados, en virtud de los descubrimientos marítimos, se crearon condiciones para el flujo de mano-de-obra para las nuevas tierras conquistadas en América, África, y Asia, además de las bajas humanas en consecuencia de las epidemias y de las guerras. Esta disminución de mano-de-obra disponible, hizo necesario la aplicación de otras penas, tales como el confisco, los azotes, la tortura, la mutilación, la prohibición temporaria y pérdida de bienes o trabajos forzados<sup>13</sup>.

Este sistema penal, basado en el espectáculo del sufrimiento, del dolor y pena de muerte del criminoso, entra en decadencia con la caída del absolutismo. Algunos factores favorecerán esta mudanza, como sean la ineficacia del sistema punitivo que, aunque cruel y riguroso, no conseguía contener la criminalidad peligrosa que se multiplicaba, bien como la necesidad de canalizar trabajadores para las industrias y la superación de la política de manutención parasitaria de los privilegios de la nobleza y del propio rey.

En el fin del siglo XVIII e inicio del siglo XIX, el espectáculo de la punición fue gradualmente desapareciendo. El iluminismo y la revolución francesa, en el siglo XVIII, fueron los grandes responsables de esta evolución, con la proclamación de los principios de la igualdad, libertad y fraternidad, a los cuales subyace el principio de la Humanidad.

Se asistió a una evolución del sistema penal al consubstanciar la garantía de la dignidad de la persona humana, iniciándose una nueva forma de mirar el crimen y el criminoso, dejando la pena de ser impuesta al cuerpo de los condenados y, aboliéndose la pena de muerte.

Este movimiento intelectual defendía el predominio de la razón sobre el teocentrismo que dominaba la Europa desde la edad media. Según sus precursores, el pensamiento racional debería sustituir las creencias religiosas y misticismos que impedían la evolución del Hombre, que, por su vez, debería encontrar respuestas lógicas para las cuestiones que hasta entonces solo las creencias solucionaban.

Este movimiento efectuado por una burguesía carente de libertades y garantías aspiraba imponer límites al Estado y eliminar las regalías de la nobleza. Serían

---

<sup>13</sup> Locke, John. *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Madrid: Espasa, 1997. Locke, padre del liberalismo, en su en 1690, establece el principio de que el hombre delegó derechos al Estado, principalmente a través de la transferencia de poderes de reglamentación de las relaciones externas en la vida social, reservando para sí parte de los derechos que son indelegables, como las libertades fundamentales, el derecho a la vida, y todos los derechos inherentes a la personalidad humana, anteriores y superiores al Estado Maluf, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 69.

proclamados los derechos naturales del individuo y la igualdad entre todos los hombres antela ley.

Es en este período de la historia reciente, que son redefinidas las relaciones entre el Estado y los individuos que pueden ser sintetizadas en cuatro principales vectores: el principio *nollum crimen nulla poen sine liege*<sup>14</sup>, la fundamentación racional de la pena que exigía proporcionalidad con el delito cometido, la diferenciación entre el delito y el pecado, llevando a un tratamiento diferenciado de los crímenes contra la religión y la moral, la humanización de las penas, como la preponderancia de la pena privativa de libertad<sup>15</sup>.

El sistema jurídico-penal portugués en la doctrina y en la jurisprudencia cuanto a las finalidades de las reacciones criminales son, esencialmente, orientadas para las doctrinas preventivas, generales y especiales, no apenas en las afirmaciones del principio pero, sobre todo, en el proceso de determinación de la medida concreta de la pena, el cual hoy se caracteriza, mayoritariamente, por la aplicación de la llamada teoría de la moldura de la prevención<sup>16</sup>.

El ordenamiento jurídico-criminal portugués continua empeñado, al menos en la letra de la ley y en la construcción formal de los institutos jurídicos, en la defensa de la resocialización del condenado no solamente, como uno de los deseos de la intervención punitiva del Estado, pero también al nivel de la ejecución de la pena privativa de libertad. El legislador nacional añadió la prevención especial positiva como unos de los fundamentos de la intervención de la intervención criminal, comportando forzosamente las innegables y profundas consecuencias en la ordenación posterior.

Acrece que el artículo 42.º del Código Penal prevé expresamente que, el sentido da excusión de la pena privativa de libertad, del nuevo realzando la reintegración social del recluso, con una perspectiva, diríamos minimalista, cual sea, la de crear las condiciones necesarias para evitar la reincidencia y no, como ya referido, con el objetivo de modificar internamente cualquier estructura de personalidad.

Se pretende cumplirla finalidad de prevención general positiva o integradora, principalmente, a través de la salvaguardia de las expectativas de los ciudadanos que solo se efectiva por la confianza de la sociedad en la validez de los normativos jurídico-

---

<sup>14</sup>Esta expresión está relacionada con el principio de la legalidad de la intervención penal, y significa que no puede haber crimen, ni pena que no resulte de una ley previa, escrita, estricta y cierta. De Figueiredo Dias, Jorge. *Direito Penal...*, p. 465.

<sup>15</sup> Lopes, Mauricio A. R. *Princípios Políticos do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 47-48.

<sup>16</sup>De Figueiredo Dias, Jorge. *Direito Penal...*, pp. 227-231.

penales y por el restablecimiento de la paz social destruida de una forma atroz por ocasión de la práctica del crimen.

Afirmaremos así que el objetivo de la prevención general positiva será el de preservar la sociedad, por un lado, evitarse la venganza privada y, por otro, y en nombre de la paz social, se protege la víctima y la sociedad. Sería por eso erróneo, no afirmar que la pena criminal no tuviese en su naturaleza un sentido de represión o retribución por el mal cometido pero, no significa, mientras, que el derecho penal apunte la represión en sí, en el sentido de aplicar una pena de acuerdo con el desvalor ético del crimen, pero si, la necesidad de asegurar y preservar los intereses de la sociedad manifestando, de esta forma, su función utilitaria.

Por su vez, la reintegración del agente en la sociedad mientras que finalidad de la punición consubstancia lo que, vulgarmente, se designa de prevención especial o de socialización.

### 3. Conclusiones

Filósofos como el Marqués Cesare Beccaria<sup>17</sup>, John Locke<sup>18</sup>, Jeremy Bentham<sup>19</sup>, e Immanuel Kant<sup>20</sup>, desempeñaron un papel fundamental para el estudio de las cárceles, y para la justificación del derecho de punir. Aunque, el movimiento iluminista puedan o ser el responsable por la creación de las cárceles modernas, desempeño un papel crucial en evitar antelas dificultades económicas y carencia de mano-de-obra, el regreso a las penas punitivas crueles.

En términos jurídicos, la conclusión a que llegamos, es que las penas dependen menos de argumentos filosóficos y más sobre las corrientes y movimientos de pensamiento social, evoluciones políticas, organización, bien como el ambiente social de tolerancia e intolerancia.

El foco en la historia relativa a los cambios de las condiciones sociales tiene iluminado la relación entre pena y sociedad, que por su vez amplió la investigación de la noción de castigo en cuestiones relacionadas con la forma como la orden y la autoridad son mantenidas en la sociedad.

---

<sup>17</sup> 1738-1774.

<sup>18</sup> 1725-1790.

<sup>19</sup> 1748-1832.

<sup>20</sup> 1724-1804.

Por lo expuesto, podemos afirmar que la finalidad de prevención especial comprende y consiste ya en la prevención de la reincidencia, ya en la reintegración y resocialización del agente del crimen.

Mientras, la resocialización del delincuente va más allá de la prevención de la reincidencia, tal como está tiene sido entendida. Lo que se pretende, es que el delincuente no reincida, no por temer sufrir en una reacción criminal, pero si porque no tiene necesidad de cometer el crimen, una vez que puede llevar una vida ética y socialmente no reprobable, siendo que es, de esta forma, que emerge el concepto de reinserción social.

La tendencia que prevalece hoy en la doctrina penalista portuguesa apunta en el sentido de la recusación de la teoría de la retribución.

Sin embargo, el principio de la culpa a que él está conectado, se mantiene como un dado adquirido del patrimonio jurídico-cultural portugués. La culpa, es un presupuesto de la pena y límite de la medida de la pena. No hay pena sin culpa y la medida de la pena no puede ultrapasarla medida de la culpa.

Aquí llegados, no será descompasado reiterar, el principio de la culpa como una necesaria recurrencia del principio de la dignidad de la persona humana, con inenarrable asiento constitucional, en el ordenamiento jurídico de la República Portuguesa.

### **Referencias Bibliográficas**

- Taipa de Carvalho, Américo. *Direito Penal, Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Coimbra editora, 2005.
- De Figueiredo Dias, Jorge. *Direito Penal, parte geral, questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- Dotti, René Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- Ferreira, Manuel de Cavaleiro. *Lições de direito penal-Parte Geral I-A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982, II-Penas e Medidas de Segurança*, Coimbra: Almedina, 2010.
- Foucault, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1999.

- Freud, Sigmund. *Totem e Tabu. As Obras Escolhidas de Sigmund Freud*. Lisboa: Relógio de Água, 1999.
- Garland, David. *Punishment and Modern Society*. Oxford: Oxford University Press, 1990.
- Locke, John. *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Madrid: Espasa, 1997.
- Lopes, Mauricio A. R. *Princípios Políticos do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- Maluf, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- Silva, Germano Marques da. *Direito Penal Português, Teoria do Crime*. Lisboa: Universidade Católica, 2012.
- Von Hirsch, Andrew. *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. Oxford: Hart, 1999.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl y Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2004.

# **O SERIAL KILLER DENTRO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO: O CASO DOS MENINOS EMASCULADOS DO MARANHÃO E DE ALTAMIRA (PA)**

## **THE SERIAL KILLER INSIDE THE BRAZILIAN PENAL LAW: THE CASE OF EMASCULATED BOYS MARANHÃO AND ALTAMIRA (PA)**

Carlo Dimitri Martins e Arruda  
*Universidade Fernando Pessoa*

**Resumen:** Estudaremos o caso do mecânico Francisco das Chagas Rodrigues de Brito, ocorrido no final do século XX, que ficou conhecido como o caso dos meninos emasculados do Maranhão e de Altamira (PA).

Conforme a 2ª Vara da Comarca da cidade de São José de Ribamar, Brito é acusado de ter assassinado 42 crianças, no período de treze anos, de 1989 a 2003. A maioria de suas vítimas tiveram os órgãos sexuais retirados depois de mortas.

O presente trabalho reconstruirá o percurso da vida do mecânico Francisco das Chagas Rodrigues de Brito, como também o Caso dos Meninos Emasculados, desde sua investigação até a execução da pena de Chagas.

Assim, tentaremos descobrir se o nosso Sistema Penal, como um todo, está capacitado a lidar com um Serial Killer como Francisco das Chagas. Lembrando que os crimes de Chagas renderam à ele o título de maior serial Killer do Brasil e ao Brasil bem ao Estado do Maranhão um processo na OEA (Organização dos Estados Americanos), pela negligência na investigação ao longo dos anos.

Por fim, tendo em conta que se trata de um caso muito particular, veremos como este deve ser tratado de identificação de um serial Killer Ativo, e principalmente no tribunal, para que se tenha um processo justo.

**Palavras-chave:** Meninos, Emasculados, Serial, Killers, Psicopatia.

**Abstract:** We will study the case of mechanical Francisco das Chagas Rodrigues de Brito, occurred in the late twentieth century, which became known as the case of boys emasculated Maranhão and Altamira (PA).

As the 2nd District Court of the city of São José de Ribamar, Brito is accused of murdering 42 children, the thirteen-year period, 1989-2003. Most of his victims were sex organs removed after death.

This paper reconstructs the journey of life Mechanic Francisco das Chagas Rodrigues de Brito, as well as the case of Boys Emasculated since the investigation until the sentence Chagas.

So, We going to try to find out if our Penal System as a whole is able to deal with a serial killer as Francisco das Chagas. Recalling that the crimes of Chagas earned him the title of the greatest serial killer of Brazil and for Brazil and the Maranhão state process in the Organization of American States (OAS), the neglect of research over the years.

Finally, given that this is a very special case, we will see how it should be treated identification of a serial killer active, and especially in court, in order to have a fair trial.

**Keywords:** Boys, Emasculated, Serial, Killers, Psychopathy.

### **1. Introdução**

O presente tema foi escolhido por se tratar de uma matéria pouco debatida na área jurídica, e de extrema importância, tendo em vista que o descaso e o despreparo podem

ser sinônimos de mais vítimas nas mãos de homens e mulheres que escapam da justiça, por não serem devidamente estudados.

É uma matéria não pacificada dentre os estudiosos da mente humana, muito menos dentre os operadores do Direito, intrigante e atemporal, sendo importantíssimo seu estudo uma vez que os crimes em série, como os praticados por Francisco das Chagas Rodrigues de Brito, no século passado, estão nos acompanham desde os tempos mais pretéritos.

O que levou ao maior Serial Killer brasileiro, de todos os tempos, Francisco das Chagas Rodrigues de Brito a cometer assassinatos em série? A Justiça pode considerá-lo imputável pelos seus crimes? Ou ele realmente era tomado por algo maior do que ele, como costuma dizer? O Sistema Jurídico Penal brasileiro, como um todo, desde a investigação até a aplicação da pena, está preparado para esse tipo de criminoso?

Uma questão fundamental, que será tratada, é não só a imputabilidade do Serial killer, mas como também sua relação com a psicopatia. Por vezes, tais termos são confundidos dentre os leigos no assunto, mas são condições completamente diferentes<sup>1</sup>.

No nosso país o estudo do comportamento criminoso é irrisório. Sofremos de uma grande taxa de não solução de casos de assassinatos, muitas vezes, como no caso de Chagas, a polícia não consegue observar o padrão do crime e dessa maneira não realizar a sua captura, possuímos vários casos de assassinatos que foram arquivados, e de fato concreto só possuíamos a vítima.

Não se sabe se a quantidade de *serial killers* aqui no Brasil é menor que nas outras partes do mundo, ou se há subnotificações por falta de preparo das nossas autoridades. Mas o fato é que eles existem em solo pátrio, e as vítimas destes criminosos.

Neste sentido, o objetivo principal deste trabalho é chegar a uma medida viável, que possa ser tomada pelo Direito Penal brasileiro, para ajudar os operadores do Direito e agentes da Lei e assim dar mais segurança a população.

---

<sup>1</sup> Silva, Lorenzo. *El blog del inquisidor*. Barcelona: Destino, 2008.

## 2. Serial killer

Serial Killer é um termo novo estudado por ciências novas, logo nenhuma afirmação dada sobre esse assunto é algo pacificado ou imune a equívocos. Assim sendo, suas definições e parâmetros não são firmes.

Neste caso, vamos trazer para a discussão o que dizem as correntes mais aceitas, principalmente a corrente trazida pelo FBI, pois estes são os que, por obrigação, lidam com este tipo de criminoso e assim possuem mais experiência no assunto.

Primeiramente necessitamos conceituar, mas apesar de o ato ser bastante antigo, a expressão *serial killer* é relativamente nova. Este fora criado nos anos 70 por um agente aposentado do *Federal Bureau of Investigation* (FBI), Robert k. Ressler.

E nesses quarenta anos muitas definições do que vem a ser um assassino em série vieram surgindo. Agentes da lei, estudiosos, acadêmicos, pesquisadores, todos apontam definições que se coincidem em sua maior parte, mas divergem em alguns pontos, como número de vítimas e os aspectos temporais.

Tomarei como base o Manual de Classificação de Crimes do FBI (1992), que possui a definição de assassinato em série melhor recepcionada pelos criminólogos atuais:

“Três ou mais eventos, separados em três ou mais locais, separados com um período de resfriamento emocional entre os homicídios<sup>2</sup>”.

Existem, como já supracitado, outros conceitos. Alguns entendem que apenas dois homicídios já são o suficiente para identificar o criminoso como *Serial Killer*; outros acreditam que há a necessidade de acontecerem, pelo menos dez fatalidades para que o criminoso seja identificado como tal.

Em uma definição própria acredito que o assassino em série é alguém que possui a necessidade de matar, seja por desejo, seja para se livrar de algum tipo de angústia que o domina.

## 3. Assassino em série, imputável, inimputável, semi-inputável

No Brasil os assassinos em séries são julgados em sua maioria como imputáveis, mas nesse sentido a justiça brasileira é eficaz, pois cada caso é analisado separadamente.

---

<sup>2</sup> Newton, Michael. *The Encyclopedia of Serial Killers*. Nova York: Facts On File, 2006.

No imaginário popular, “psicopata” e “*serial killer*” são palavras intrinsecamente associadas, o que é falso, pois nem todo psicopata é *serial killer* e vice versa, é claro que por vezes essas duas características se incidem sobre o mesmo indivíduo, mas um não é pré-requisito do outro.

A questão que se coloca quando falamos em imputabilidade, inimputabilidade e semi-imputabilidade dos assassinos em série é se seriam eles responsáveis por seus atos, ou não, ou seja, se ele se encaixa nas condições do artigo 26 do Código Penal Brasileiro.

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O legislador, sabiamente, não adentrou nos detalhes do que deve ser considerado “doença mental” e “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, pois este, obviamente, não possui essa perícia. Fazendo-se assim, necessária a especulação acerca do que a lei considera como doença mental.

Como já supracitado, cada caso deve ser olhado separadamente, alguns sofrem de transtornos mentais e cometem seus atos criminosos devido a isso. Mas alguns simplesmente têm gosto pelo tipo de crime praticado, desejo em transgredir as regras, sendo, então, nesse caso, portadores do Transtorno de Personalidade Antissocial (também conhecidos como sociopatas ou psicopatas).

De acordo com Edilson Mougenot Bonfim, o assassino em série pode ser doente mental e não um psicopata, mas que as características comuns aos psicopatas, que são: déficit comportamental, impulsividade, agressividade, ausência de remorso, superficialidade das relações sociais entre outras, facilitam o surgimento do Serial Killer.

Mas nesse sentido o Dr. Geraldo José Ballone comenta que:

Quando capturados costumam simular insanidade, alegando múltiplas personalidades, esquizofrenia ou qualquer coisa que o exima de responsabilidades, mas na realidade, aproximadamente apenas 5% dos *assassinos em série* podem ser considerados mentalmente doentes no momento de seus crimes.

Academicamente não é difícil de compreender, independente se o crime foi assassinato em série, ou qualquer outro tipo de crime, as consequências jurídicas da imputabilidade, ou não, do criminoso é a mesma.

Podemos dizer que o *assassino em série* portador de doença mental grave não pode responder pelos seus atos, pois não possui o discernimento para entender o que está fazendo, neste caso o criminoso atua em consequência de seus delírios.

Já o *assassino em série psicopata*, pode tranquilamente responder pelos seus atos, ao passo em que possui discernimento total do que está fazendo, ele também atua de acordo com as suas fantasias, mas tem a capacidade crítica que falta ao inimputável.

A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Artigo 26 do Código Penal Brasileiro parágrafo único.

No parágrafo primeiro do Art. 26 do Código Penal Brasileiro o agente é imputável, ou seja, tem noção da ilicitude de suas ações, mas para alcançar o grau de conhecimento e de autodeterminação é lhe necessário maior esforço<sup>3</sup>. Em outras palavras, faz-se necessário provar que sua capacidade de resistência diante dos impulsos passionais é, nele, menor que em um sujeito normal.

Refere-se a lei em primeiro lugar à “perturbação da saúde mental”, expressão ampla que abrange todas as doenças mentais e outros estados mórbidos. Os psicopatas, por exemplo, são enfermos mentais, com capacidade parcial de entender o caráter ilícito do fato. A personalidade psicopática não se inclui na categoria das moléstias mentais, mas no elenco das perturbações da saúde mental pelas perturbações da conduta, anomalia psíquica que se manifesta em procedimento violento, acarretando sua submissão ao art. 26, parágrafo único<sup>4</sup>.

Nesse sentido o agente será condenado, com a pena atenuada de um a dois terços.

Mas essa é uma discussão ainda não pacificada, nem entre os médicos com esta especialidade, muito menos nos tribunais.

Mas na prática os Assassinos em Série brasileiros terminam seus dias de prisão e são internados em casas de tratamento de doentes mentais de alta periculosidade, ou seja, recebem pena perpétua.

Como foi o caso do Sr. Francisco Costa Rocha conhecido como "Chico Picadinho" que foi condenado a 22 anos e meio pelo crime e deveria ter sido solto ao fim da pena máxima de 30 anos. Mas ao término da pena, em 1998, em vez de ser posto

---

<sup>3</sup> Mirabete, Julio y Fabbrini, Renato. *Manual de Direito Penal. Volume I*. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

em liberdade, Chico Picadinho foi mandado para a Casa de Custódia de Taubaté, sob a alegação de que criminosos psicopatas podem ser mantidos indefinidamente em estabelecimentos psiquiátricos para receber tratamento. Chico Picadinho ainda está preso.

No caso de haver um quadro mental que tenha relação direta com o crime cometido, o réu é isento de pena (inimputável) e a medida de segurança é aplicada, por ser o criminoso considerado perigoso. A medida de segurança prevê tempo mínimo de internação (três anos), mas não tempo máximo. A desinternação fica condicionada à cessação de periculosidade, o que pode significar prisão perpétua em alguns casos incuráveis<sup>5</sup>.

A linha de defesa tomada pela maioria dos advogados que defendem os assassinos em série perante o Júri é a alegação de insanidade do réu. Mas quase nunca é constatada de fato pelos peritos, pois como já discutimos o fato do assassino ser portador de algum *Transtorno de Personalidade* ou *Parafilia* não faz dele um alienado mental.

### 3.1 Ressocialização

Como já supracitado, o psicopata não tem a capacidade de sentir remorso, compaixão, são movidos por suas fantasias e desejos sendo assim é quase um consenso na Psiquiatria mundial que os psicopatas são irrecuperáveis e também é uma doença até hoje sem cura.

Homens e mulheres que sofrem desse mal não assimilam os valores de nossa sociedade por isso é chamado de “personalidade anti-social”. Caso sejam presos, após sua soltura, voltam a cometer os mesmos crimes, mas tendo cuidado para não cometerem os mesmos erros que desencadearam sua captura.

E no Brasil temos tristes exemplos, como o de Marco Antônio Azar, o maníaco do Jardim Mirna, que não é um assassino em série, mas um estuprador em série. Após 18 anos em tratamento psiquiátrico, Azar passou ao sistema de "desinternação progressiva". Ou seja, a cada mês, passaria 27 dias em casa e três em tratamento, ocorre que em um de seus dias fora do hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ele tentou estuprar uma menina de sete anos de idade, por sorte foi detido pelos vizinhos da vítima antes do crime ser consumado.

---

<sup>5</sup> Casoy, Ilana. *Serial Killer: Louco ou cruel?*. São Paulo: Ediouro, 2008.

E também o caso de Ademir Oliveira Rosário, o Maníaco da Cantareira, que fora beneficiado pelo mesmo programa de desinternação progressiva e ao sair, com a permissão do Estado, abusou sexualmente e matou dois adolescentes de 13 e 14 anos, que eram irmãos.

Por fim, o mais emblemático caso, João Acácio, o bandido da luz vermelha, que foi o primeiro brasileiro a cumprir integralmente 30 anos de prisão. Mas em menos de cinco meses após sua liberdade “Luz Vermelha” foi assassinado com um tiro na cabeça.

O disparo foi feito pelo pescador Nelson Pisingher, 46 anos, que confessou o crime. Segundo o pescador, o disparo foi feito para salvar a vida de seu irmão, Lírio. Ele foi ameaçado pelo bandido com uma faca, após desentendimentos por causa de supostos assédios cometidos por Acácio contra a mãe e esposa de Pisingher.

Percebemos aqui outra falha fundamental em nosso Processo Penal, temos muita dificuldade de punir e tratar efetivamente tais criminosos fazendo com que tais erros coloquem no meio da sociedade, pelo aval do Estado, pessoas que representam grande risco para elas mesmas e para todos ao seu redor.

#### **4. Francisco das Chagas e o Sistema Penal Brasileiro**

Maranhense, nascido em 1965, considerado o maior serial killer do Brasil, Francisco das Chagas Rodrigues de Brito foi recolhido no final do ano de 2003, suspeito de incidir nos tipos dos arts. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal, em concurso com o art. 211 do mesmo diploma.

Em seu inquérito, passou por alguns interrogatórios até que finalmente confessou todos os crimes que lhe acusavam (na época eram 26 homicídios de crianças e logo três foram descartadas chegando a 23). Foram descobertos corpos na propriedade de Chagas, como é comumente chamado, e com a ajuda do próprio criminoso foram descobertos mais corpos de suas vítimas, o local das covas era apontado com precisão, mesmo os crimes de datas mais remotas.

Ainda hoje considerado o “maior Serial Killer do país<sup>6</sup>”, superando em três vezes, o número de homicídios do Vampiro de Niterói. Chagas, como é conhecido cometeu 42 homicídios, garotos de 4 e 15 anos.

---

<sup>6</sup> *Ibidem.*

Em seu primeiro julgamento ele fora condenado pela morte de Jonathan Silva Vieira, de 15 anos, ocorrido em 2003, crime a qual já confessara, recebendo a sentença de vinte anos e oito meses de prisão, tendo em vista que teve a redução de um terço por ser considerado semi-imputável.

Este fora o primeiro de muitos julgamentos que estavam por vir. Hoje se encontra no Presídio São Luís, de segurança máxima, e teve seu último julgamento em 26/03/2014 (dez anos após sua prisão) em São Luis e sua pena atual supera 250 anos de prisão, ressaltando que Francisco já participou de onze julgamentos pelos seus homicídios.

Os crimes ocorreram em São Luís, Paço do Lumiar, Codó e São José de Ribamar e em Altamira no Pará, entre 1989 e 2003, o caso ficou conhecido como O Caso dos Meninos Emascarados de Altamira e teve repercussão internacional.

#### **4.1 Investigação**

Tal repercussão se deu pela denuncia feita por ONGs que denunciaram o Brasil em 2001, pela negligência policial ocorrida no Maranhão, onde várias crianças teriam aparecido mortas e emascaradas e o processo de investigação não apresentava resultados satisfatórios.

Essa denuncia foi encaminhada a Washington em julho de 2001 e em setembro deste mesmo ano seria aceita pela Corte Internacional de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Brasil a partir daí passou a receber pressão internacional, mas mesmo assim demoraria mais três anos para capturar Chagas e nesse meio tempo ele mataria de novo.

Enquanto o Brasil sofria essa denuncia a polícia maranhense mudava sua linha de investigação. Inicialmente se acreditava que cada crime tinha um autor diferente, mas esse pensamento começava a mudar, e a nova linha investigativa seguia uma “seita” que utilizava a genitália exterior para seus cultos.

Assim como no Pará, pois a polícia paraense já tinha se deparado com ações de seitas e acreditava ser um retorno das atividades, pois a maneira que Chagas matava era tão peculiar que parecia ser mística.

A denuncia que foi feita tratava apenas dos casos ocorridos no Maranhão, começando por Ranier Silva Cruz a primeira vítima maranhense fora encontrado morto em 22 de setembro 1991 e em 2001 seu processo já se encontrava arquivado. Isto sem saber que 12 crianças já haviam sido mortas em Altamira PA com o mesmo MO.

Com exceção de um parente de sua ex-mulher que tinha apenas 4 anos quando fora assassinado, Chagas escolhia meninos fisicamente parecidos, garotos sem condições financeiras das redondezas de onde ele morava.

O *modus operandi* era sempre o mesmo: ele puxava conversa com a criança que perambulavam na rua e as convidava para fazer alguma programação no mato, seja pegar frutas, ou trabalhar para ter recompensas financeiras.

Quando chegava a alguma parte mais isolada da mata, sempre próximo a uma árvore de tucum, ele atacava a criança, matando-a por estrangulamento, ou utilizando objetos que ele trouxera ou que encontrara no local.

Depois de morta ele as mutilava, cavava uma cova rasa, próximo a árvore de tucum e colocava uma folha de tucum onde ele derramava sangue da vítima, logo em seguida depositava o corpo, nesta cova.

Dos corpos ele arrancava a genitália externa, emasculava, e a depositava sobre a face da vítima, logo em seguida ele retirava uma parte do corpo para levar como souvenir: osso, roupas, um dedo, uma orelha ou outro pedaço amputado. Seguindo sempre um padrão, se ele arrancara a orelha esquerda de uma vítima, a próxima vítima teria sua orelha direita arrancada.

Em alguns casos, estuprou a vítima depois de morta, Francisco das Chagas nega e assume sua autoria com relação aos homicídios, mas os estupros ele nunca assumiu, ficando irritado se questionarem sobre isto. Há também a suspeita de que tenha praticado canibalismo, mas ele nunca fora acusado disso, nem fora questionado oficialmente quanto a este ponto.

Ambas as polícias, do Pará e do Maranhão tinham como hipótese um Assassino em Série, claro que não foi investigada devidamente, afinal *Serial Killer* ainda se encontra no imaginário brasileiro como algo distante e fictício, como um filme de terror.

As autoridades não se mostraram somente negligente, mas como também incompetente, devido a esta falta de comunicação entre as polícias estaduais. As ONGs, além de levar o fato ao conhecimento internacional, exigiram, junto ao ministro da Justiça daquela época, José Gregori, a intervenção da Polícia Federal para que assim o caso fosse elucidado de vez.

Nos países mais preparados no combate a *Serial Killer*, como por exemplo, o EUA e o Canadá, o crime de *serial killing* é um crime federal e a autoridade competente para investigar passa, automaticamente, para a polícia federal. Já aqui no Brasil foi

necessário um pedido de uma Organização não Governamental e a votação do Conselho Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, órgão ligado ao Ministério da Justiça, para que assim a possa ter havido intervenção da PF no caso.

Mas antes mesmo de qualquer autoridade competente perceber que os crimes no PA e no MA tinham o mesmo autor, Francisco da Chagas havia sido capturado e apenas após a sua confissão a ligação entre os crimes foi feita.

A polícia chegou a Chagas por ele ser o principal suspeito da morte de Jonatham Silva Vieira, de 15 anos, inicialmente a polícia só tinha provas circunstanciais, e Chagas negou seu envolvimento no crime.

Mas depois de um tempo Chagas viria a confessar essa e mais 17 mortes relacionadas a ele, depois confessaria mais 24 homicídios por todo o Maranhão e em Altamira.

Seus crimes se deram nos dois estados, sendo que 30 casos ocorreram em várias cidades do Maranhão, Como São Luís, São José de Ribamar, e os outros 12 casos em Altamira no Pará, entre 1989 e 2003.

Francisco durante seus longos processos assumiu e negou os crimes várias vezes, entrando em contradição, mudando sua versão. Mas mesmo quando assume, Chagas, sempre afirma que no momento da execução do delito não se encontrava em uma situação psíquica considerada normal, pois estava “a mando de uma espécie de alucinação espiritual”<sup>7</sup>.

#### **4.2 Inquérito**

A fase de inquérito foi a mais importante no referido caso. De início a polícia só tinha o depoimento de uma menor de idade, irmã da vítima Jonnathan Silva Vieira, que afirma ter falado com o Jonnathan antes de seu desaparecimento e ele haveria informado para ela que pegaria açai na mata com o Francisco das Chagas. E testemunhas oculares que viram Francisco vindo da mata com duas bicicletas.

Neste momento, quando a polícia possuía apenas provas circunstanciais Chagas se mantinha calmo em seu depoimento, agia de maneira irônica e tinha um riso cínico.

A capacidade investigativa da nossa polícia no Caso dos Meninos Emasculados pode ter sido duvidosa, mas na fase de Inquérito se saiu muito bem. Chagas, durante

---

<sup>7</sup> Termo utilizado pelo Ministério Público de São José de Ribamar.

todo inquérito se esquivava, mas o cerco foi fechando em sua volta, principalmente por causa da equipe de especialistas que o analisou em sua cela e elaborou um interrogatório mais preciso para Chagas, que fora identificado como psicopata.

Os especialistas forenses, por meio de avaliações, acreditavam que ele seria o tipo de Serial Killer que levaria troféus para casa, e foi aí que acharam corpos em sua propriedade.

Mesmo assim com todas essas provas em erupção Francisco ainda criava situações, alegava insanidade e/ou negava seus crimes, depois os assumia, para logo em seguida negá-los de novo, mas a polícia trabalhara bem e toda vez que apontavam contradição ele soltava mais informações valiosas para o caso.

### 4.3 Julgamento

Devido ao ótimo inquérito, a fase de julgamento foi previsível, o primeiro julgamento de Chagas, como já supracitado, tinha como vítima Jonnathan Silva Vieira de 15 anos e durou apenas três dias, tendo por fim a sua condenação.

A pena de Francisco, hoje, supera 250 anos, sendo que alguns julgamentos eram analisados os crimes contra mais de uma vítima, pois os delitos tinham sido cometidos em curtos espaços de tempo de acordo com o princípio da Celeridade.

Hoje, Chagas se encontra na Unidade Prisional de São Luís, ao lado de Pedrinhas, em regime fechado, onde já tentou escapar com a ajuda de outros dois presos, mas fora frustrado pelo auxílio discreto de outro preso que alertou os agentes.

Nós, diletantes na área psicológica, ainda tentamos entender os motivos que levam tais criminosos a praticar assassinatos em série, mas os especialistas já possuem conhecimento nessa área para saber que a maioria não tem justificativa<sup>8</sup>.

A escritora Ilana Casoy, umas das maiores especialistas em serial killers do país, fora convidada a ajudar na investigação do Caso dos Meninos Emasculados, em entrevista, Chagas disse a ela que o motivo se encontrava na bíblia, Isaías 14:21: "Preparai a matança para os filhos por causa da maldade de seus pais, para que não se levantem, e possuam a terra, e encham o mundo de cidades".

Psicopatas, são pessoas que não ligam para as regras sociais, mas existem aqueles que não ignoram as normas da sociedade como um todo e por vezes se

---

<sup>8</sup> Schechter, Harold. *The Serial Killer Files: The Who, What, Where, How, and Why of the World's Most Terrifying Murderers*. Nova York: Ballantine Book, 2003.

confrontam com suas atitudes e tentam de todo jeito justificar seus atos, não só para os outros, mas como também para si mesmos

Apesar da justificativa religiosa para seus atos, a justificativa é científica, Chagas sofre de Transtorno da Personalidade Antissocial (Psicopatia) e o desencadeamento de tais atitudes pode ter vindo da dura Infância de Chagas.

Chagas fora abandonado pelos pais e criado pela avó, que era muito severa, e suas punições físicas beiravam a desumanidade.

Por qualquer que seja o motivo, ou a falta dele, Francisco se mostra ainda hoje triste por ter sido capturado, mas não arrependido de seus crimes. Diante do Júri Popular, ao qual foi submetido, afirmou ouvir vozes que o ordenava a matar as crianças, e depois, era tomado por uma "força" sobrenatural que o fazia executar tais crimes, motivo pelo qual foi considerado por este mesmo Júri como sendo semi-imputável.

## 5. Considerações Finais

John Douglas afirma que em uma estimativa bem conservadora, existem, só nos EUA, entre 35 a 50 assassinos seriais ativos<sup>9</sup>.

Esse número parece exagerado, mas infelizmente não é, no Brasil, de acordo com o colunista Reinaldo Azevedo da revista veja, “apenas quatro mil dos cerca de 50 mil homicídios cometidos por ano no país são resolvidos”. Assim sendo, é fácil encaixarmos 50 assassinos em série ativos em nossa pátria.

Obviamente tais números podem ser especulados, mas não podem ser confirmados<sup>10</sup>. Entretanto, confirmadamente, no Brasil foram capturados dois assassinos em série esse ano de 2016.

Flávio do Nascimento Graça, “O Assassino de Dentistas” atualmente foragido, acusado de três homicídios consumados e um tentado, todas as vítimas ligadas a uma mesma clínica. De acordo com a polícia, ele tentava se vingar, pois era concorrente da clínica em epígrafe e acabou falindo, os investigadores também acreditam que Flávio é envolvido com “magia negra”, o primeiro assassinato de que o suspeito está sendo acusado ocorreu 2014 em Santos/SP.

---

<sup>9</sup> Douglas, John y Olshaker, Mark *Mind Hunter: Inside the FBI's Elite Serial Crime Unit*. Nova York: Pokket Books, 1998.

<sup>10</sup> Diammond, Diane. *Serial Killers: How Many are they?* [en línea] Ceators: <<http://www.creators.com/opinion/diane-diamond/serial-killers-how-many-are-there.html>> [13 outubro 2013].

Jovem de 22 anos de nome não revelado, suspeito de ter assassinado e esquartejado três pessoas, dentre elas seu progenitor, atuante na cidade de Caçador/SC.

Tendo isso em vista, é nítido que *Seriais Killers* não existem apenas na ficção, tendo casos documentados desde a Roma antiga, e chegam até os tempos de hoje, se encontram no imaginário popular quase como fábulas, mas são reais e predam pelas nossas ruas.

Mas apesar de ser antigo e tátil, seu estudo, como já dito, é recente e aqui no Brasil muito precário. A falta de preparação do Direito Penal Brasileiro, de um modo geral, desde a fase de investigação até o cumprir da pena em área prisional, e tal despreparo custou ao Brasil 42 crianças no Caso dos Meninos Emasculados.

Eu poderia citar milhares de soluções que são aplicadas em países desenvolvidos como o Canadá e os EUA, mas elas seriam fantasiosas de muito difícil aplicação em nossa pátria. Como por exemplo, a utilização do método de *profiling* nas investigações de homicídio, mas tal método é muito complexo e demoraria muito tempo até que todas as Polícias Militares tivessem um *profiler*<sup>11</sup> em cada estado, que dirá em toda delegacia.

Uma solução legítima é a de criar um novo tipo penal, o “Crime de Assassinatos em Série”. Assim como o legislador percebeu que latrocínio não é apenas o crime de roubo, encontrado no art. 157 do Código Penal, e o crime de homicídio, encontrado no art. 121 do mesmo código, que ocorreram quase simultaneamente. O Crime de Latrocínio é um crime contra o patrimônio, agravante do Crime de Roubo, encontrado no 3º do art. 157.

Já que a maioria dos *Seriais Killers* não se estabilizam em um local somente, como Francisco das Chagas, atravessando fronteiras estaduais o “Crime de Assassinato em Série” não seria um crime contra a vida e sim um crime federal com base no Inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição Federal, que afirma que a Polícia Federal destina-se a apurar infrações penais cuja prática tenha repercussões interestaduais.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

---

<sup>11</sup> Perito em *Profiling*, que é o método de análise do perfil criminal por meio de análise da cena do crime.

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

Levando esta medida ao Caso dos Meninos Emascarados, posso afirmar que se a Polícia Federal tivesse agido, em auxílio a Polícia Militar Paraense, desde a segunda morte ocorrida em Altamira, provavelmente o número de vítimas não chegasse a quase meia centena.

Tal medida ajudaria não só na investigação e no inquérito, mas como também no Julgamento, não só pelo fato de o acusado ser julgado na Justiça Federal, como também pelo princípio da economia processual, onde o réu seria acusado de todos os seus crimes em um único processo, diferente de Francisco das Chagas que já passou por 10 julgamentos, o último ocorrido em 2014.

Dessa forma, o Brasil poderia dar um grande avanço contra este tipo de crime sem grandes alterações na forma de investigar da polícia brasileira, ou compra de tecnologia estrangeira para estes fins. Mas aumentando e muito a eficácia e velocidade no combate a tais crimes, e assim diminuindo o número de vítimas.

### Referencias Bibliográficas

- Azevedo, Reinaldo. *Fui Eu*. REVISTA VEJA.  
 <[http://veja.abril.com.br/120898/p\\_106.html](http://veja.abril.com.br/120898/p_106.html)> [23 setembro 2013].
- Ballone, Geraldo. *Crime Sexual Serial*. [en línea] Psiqweb:  
 <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=21>> [28 setembro 2013].
- [en línea] <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=22>> [28 setembro 2013].
- Barbosa, Ana. *Mentes Perigosas: O Psicopata Mora ao Lado*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.
- Casoy, Ilana. *Serial Killer: Louco ou cruel?*. São Paulo: Ediouro, 2008.
- *Serial Killer*. [en línea] : <<http://serialkiller.com.br/>> [18 outubro 2013].
- *Serial Killers: Made in Brasil*. 4ª Ed. São Paulo: Editora ARX, 2004.  
 <<http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2016/05/serial-killer-que-matou-dentistas-em-sp-era-envolvido-com-magia-negra.html>> [04 agosto 2016].

- Diammond, Diane. *Serial Killers: How Many are they?* [en línea] Ceators: <<http://www.creators.com/opinion/diane-diamond/serial-killers-how-many-are-there.html>> [13 outubro 2013].
- Douglas, John y Olshaker, Mark *Mind Hunter: Inside the FBI's Elite Serial Crime Unit*. Nova York: Pokket Books, 1998.
- Evangelho, Fabiana. *A Impossibilidade de Pagar Tributo ou Contribuição Previdenciária*. Jurisway <[http://www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id\\_dh=6088](http://www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id_dh=6088)> [23 julho 2016].
- ÍD.: *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 22 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.
- Mirabete, Julio y Fabbrini, Renato. *Manual de Direito Penal. Volume I*. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- Mougenot, Edilson. *Julgamento de um serial killer*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- Naciones Unidas. *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales, y Culturales*. [en línea]. Naciones Unidas, 1966. <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2200\(XXI\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2200(XXI)&Lang=S&Area=RESOLUTION)> [30 agosto 2016].
- Newton, Michael. *The Encyclopedia of Serial Killers*. Nova York: Facts On File, 2006.
- Rauter, Cristina. *Comportamento Criminoso* [en línea] Unesav. <[unesav.com.br/ckfinder/userfiles/files/comportamento%20criminoso.doc](http://unesav.com.br/ckfinder/userfiles/files/comportamento%20criminoso.doc)> [19 julho 2016].
- Ressler, Robert y Schachtman, Thomas. *Whoever Fights Monsters: My Twenty Years Tracking Serial Killers for the FBI*. Nova York: St. Martin's Press, 1993.
- S.a. *Jovem suspeito de esquartejamento pode ser 'serial killer', diz polícia* [en línea] <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2016/05/jovem-suspeito-de-esquartejamento-pode-ser-serial-killer-diz-policia.html>> [04 agosto 2016].
- Schechter, Harold. *The Serial Killer Files: The Who, What, Where, How, and Why of the World's Most Terrifying Murderers*. Nova York: Ballantine Book, 2003.
- U.S Department of Justice; Federal Bureal Investigation. *Serial Murder, Multi-Disciplinary Perspectives for Investigators. Behavioral Analysis Unit-2*, 2008.



#### *V.4. DERECHO AL TRABAJO*



# CORTES ORÇAMENTÁRIOS APLICADOS À JUSTIÇA DO TRABALHO BRASILEIRA EM 2016: A VIOLAÇÃO E A RESTRIÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS

## BUDGET CUTS APPLIED TO THE BRAZILIAN LABOR JUSTICE IN 2016: THE VIOLATION AND RESTRICTION OF LABOR SOCIAL RIGHTS

Theanna de Alencar Borges<sup>1</sup>  
*Universidade Federal do Ceará*

**Resumen:** O presente trabalho objetiva analisar a grave situação enfrentada pela Justiça do Trabalho brasileira, com a vigência da Lei Federal Orçamentária nº 13.255/2016, que reduziu drasticamente seu orçamento, inclusive em comparação com os demais ramos do Poder Judiciário brasileiro. Em razão dos elevados cortes orçamentários, a Justiça Laboral corre o severo risco de fechar suas portas ainda no começo do segundo semestre de 2016, ano em que majorado o número de desempregados pela crise, segundo pesquisas oficiais. Isso deixará sem solução as controvérsias trabalhistas, cujas verbas, majoritariamente, possuem natureza alimentar. O estudo se justifica pela necessidade de divulgação para a sociedade brasileira e a comunidade internacional da retaliação que citado ramo vem sofrendo pela eficiência que lhe é peculiar, conforme justificado pelo relator do orçamento. Será utilizado estudo analítico-descritivo como metodologia, valendo-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a partir de livros, revistas, artigos e reportagens. A pesquisa partirá de uma análise histórica da atuação da Justiça do Trabalho brasileira até o contexto atual, demonstrando a relevância da tutela de direitos fundamentais sociais trabalhistas previstos no ordenamento interno e internacional, tal como no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Abordará as atuais regras orçamentárias brasileiras. Contemplará, ainda, a polêmica e emblemática decisão em sede de controle abstrato de constitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5468), tomada por maioria de votos do Supremo Tribunal Federal acerca da questão, com enfoque no princípio da separação dos poderes e o risco de que o Poder Judiciário como um todo venha a ser alvo de ataques dessa jaez em breve. Em conclusão, serão apontadas possíveis formas de superação da atual crise, de modo a permitir a continuidade do “mister” da Justiça Laboral, mantendo-se sua dignidade e possibilitando o fortalecimento dos direitos humanos de cunho social, notadamente os trabalhistas.

**Palavras-chave:** Direitos sociais, Direitos humanos, Justiça do Trabalho, Corte orçamentário, Separação dos poderes.

**Abstract:** This work aims to analyze the serious situation faced by the Brazilian Labor Court, with the enforcement of the Federal Budget Law No. 13,256 / 2016, which has drastically reduced its budget, including in comparison with other branches of the Brazilian courts. Due to the high budget cuts, the Labour Justice runs the severe risk of closing its doors still early in the second half of 2016, year in which the number of unemployed by the crisis has increased, according to official surveys. This will leave unresolved labor disputes, whose funds, mainly, have food nature. The study is justified by the need to disclose to the Brazilian society and the international community of the retaliation that this segment has been suffering for efficiency peculiar to it, as justified by the budget rapporteur. It will be used analytical-descriptive study as a methodology, drawing on literature and jurisprudential research, from books, magazines, articles and

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região (Maranhão, Brasil).

reports. The research will start with a historical analysis of the Brazilian Labor Court action to the current context, demonstrating the relevance of the protection of labor fundamental social rights under the domestic and international order, such as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966. It will address Brazil's current budget rules. It will also behold the controversy and emblematic decision of abstract control of constitutionality (Direct Unconstitutionality Action No. 5468), taken by a majority vote of the Supreme Court on the issue, focusing on the principle of separation of powers and the risk of the judiciary as a whole will be the target of attacks of this ilk soon. In conclusion, it will be pointed out possible ways of overcoming the current crisis in order to allow the continuation of the function of the Labor Justice, keeping its dignity and enabling the strengthening of human social rights, notably labor rights.

**Keywords:** social rights, human right, labor courts, budget cut, Separation of powers.

## 1. Introdução

Os direitos sociais trabalhistas possuem regramento específico no ordenamento jurídico interno e na maioria dos ordenamentos jurídicos internacionais. Para instrumentalizar a tutela desses direitos, foi criada a Justiça do Trabalho que, desde sua criação, vem se destacando como justiça social, buscando a efetivação do direito material do trabalho, de forma isenta e imparcial, primando pela máxima efetivação dos direitos fundamentais trabalhistas.

Em tempos de crise, os direitos trabalhistas vêm sofrendo ameaças no Brasil. A Lei Federal Orçamentária nº 13.255/2016 representa uma das formas de se violar direitos trabalhistas no Brasil por via transversa, ao provocar o drástico corte de orçamento da Justiça do Trabalho.

A despeito de os direitos materiais ainda serem mantidos pelo ordenamento jurídico, o Poder Legislativo reduziu desproporcionalmente o orçamento da citada instituição para inviabilizar a tutela de tais direitos, em cristalina tentativa de lhe aniquilar a conhecida eficiência, nas palavras do então relator.

No dia 29/06/2016, em decisão histórica em sede de controle abstrato de constitucionalidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5468, o Supremo Tribunal Federal – STF, por maioria de votos, chancelou a possibilidade de o Poder Legislativo interferir no orçamento do Poder Judiciário, mesmo que praticamente lhe usurpe a possibilidade de atuação.

Com a devida vênia, reputo que a situação extrema por que passa a Justiça do Trabalho no Brasil precisa ser divulgada para a sociedade brasileira e a comunidade internacional, uma vez que a medida é retaliatória e discriminatória quanto aos demais ramos do Poder Judiciário brasileiro, cujos cortes orçamentários foram bem inferiores, o

que representa, por consequência, grave violação aos direitos fundamentais de natureza social consolidados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988, destacando-se os direitos de seu art. 7º, e nas normas infraconstitucionais, assim como no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, no art. 7º, violando o princípio da vedação do retrocesso.

## 2. Breve histórico da Justiça do Trabalho no Brasil

Em âmbito internacional, não restou pacificado quando ocorreu o surgimento dos primeiros órgãos trabalhistas, que tinham eminentemente função conciliadora, tal como os “*Conseils de Prud’hommes* (França) e os *probiviri* (Itália)”<sup>2</sup>, que eram órgãos tripartites, formados por empregados, empregadores e governos.

No Brasil, foram diversas as formas de solução dos conflitos trabalhistas. Inicialmente, os Juízes de Direito resolviam as questões trabalhistas. Em 1922, período em que a economia era basicamente rural, foram criados em São Paulo os fracassados “tribunais rurais compostos por Juízes de Direito da comarca, um representante dos trabalhadores e outro, dos fazendeiros”<sup>3</sup>. Em 1932, foram criadas as Juntas de Conciliação e Julgamento e as Comissões Mistas de Conciliação, cuja natureza era de órgãos administrativos, vinculados ao Poder Executivo, sendo aquelas para julgar conflitos individuais e estas os de natureza coletiva.

Em que pesem as Constituições de 1934 e 1937 já mencionarem a Justiça do Trabalho, esta somente foi instituída pelo Decreto-lei nº 1237/1939, como órgão do Ministério do Trabalho<sup>4</sup> e com representação classista.

Com a Constituição de 1946, ela se desvinculou do Poder Executivo, integrando o Poder Judiciário da União.

A CRFB/1988 manteve a Justiça do Trabalho como justiça especializada. Com a Emenda Constitucional nº 24/1999, extinguiu-se a representação classista.

Atualmente, por força das Emendas Constitucionais nº 45/2004 e 92/2016, a Justiça do Trabalho no Brasil é composta pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST, por 24 Tribunais Regionais do Trabalho – TRT e por Juízes do Trabalho, contando, principalmente, com competência material para processar e julgar as ações oriundas da

---

<sup>2</sup> Schiavi, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 178.

<sup>3</sup> Nascimento *apud* Schiavi. *Ibidem*, p. 179.

<sup>4</sup> Meton Marques de Lima, Francisco e Péricles Rodrigues Marques de Lima, Francisco. *Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2016, p. 328.

relação de trabalho, além de outras. Em 31/12/2015 havia 1.587 Varas do Trabalho, consoante informação do Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2015<sup>5</sup>.

O papel constitucional da Justiça do Trabalho é, portanto, a efetivação dos direitos fundamentais trabalhistas, de modo independente e imparcial, contando com o monopólio da jurisdição. Suas decisões têm não somente conteúdo econômico, sendo inúmeras as obrigações que podem ser por ela tuteladas, tais como obrigações de fazer e não fazer, dentre outras.

Ela não se coloca ao lado do trabalhador ou do empregador, aplicando de forma isonômica as normas ao caso concreto, com base nas provas constantes dos autos.

Para que possa desenvolver seu mister institucional, conta com magistrados do trabalho e servidores públicos. Recebe ainda o apoio de prestadores de serviço e estagiários.

A Justiça do Trabalho brasileira tem se destacado como uma das mais produtivas e eficientes do Brasil, uma vez que consegue julgar inúmeros processos em menor quantidade de tempo, solucionando conflitos trabalhistas das mais diversas naturezas.

Verifica-se no Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2015:

Nas Varas, tiveram solução, na Fase de Conhecimento, 2.557.518 processos, 5,3% a mais do que no ano de 2014. Desse quantitativo, 662.489, 25,9%, foram processos do rito sumaríssimo. Os processos solucionados juntamente com os 249.496 EDs julgados representaram 61,8% do total a julgar. Cada Juiz solucionou, em média, na Fase de Conhecimento, por ano, 761 processos e, por mês, 63<sup>6</sup>.

Percebe-se, portanto, quão produtiva tem sido a Justiça do Trabalho brasileira.

### **3. A Lei Federal Orçamentária nº 13.255/2016 e a tentativa de violar e reduzir direitos sociais trabalhistas**

No Brasil, existem três poderes, que são o Judiciário, o Executivo e o Legislativo. Tais poderes devem ser independentes e harmônicos entre si, nos termos do art. 2º da CRFB/1988.

---

<sup>5</sup> Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. “Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2015”. Relatório Analítico, [em linha], p. 62 <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/0d949cde-0712-456a-a2e9-2601814cea41>>. [07 agosto 2016].

<sup>6</sup> Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. “Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2015”. Relatório Analítico, [em linha] p. 62. <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/0d949cde-0712-456a-a2e9-2601814cea41>>. [07 agosto 2016].

Para tanto, a CRFB/1988 estabeleceu mecanismos de freios e contrapesos. Assim é que o orçamento do Poder Judiciário deve ser elaborado com a participação dos três poderes. O Poder Judiciário conta com autonomia administrativa e financeira. No caso da Justiça do Trabalho, incumbe ao STF encaminhar a proposta, com aprovação dos respectivos Tribunais, art. 99, §§1º e 2º, I, da CRFB/1988<sup>7</sup>.

A Lei Federal Orçamentária nº 13.255/2016, que foi sancionada pela então Presidente da República Dilma Vana Rousseff, estimou a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2016. Referida lei efetuou corte de 90% nas despesas de investimento e de 24,9% nas de custeio no orçamento de 2016 no orçamento da Justiça do Trabalho.

O então relator do orçamento, deputado federal Ricardo José Magalhães Barros, propôs corte de 50% no custeio e 90% no investimento, ao fundamento de que não haveria controle sobre a demanda de tal ramo do Judiciário Federal brasileiro. Disse ainda que: “Como a Justiça do Trabalho não tem se mostrado cooperativa, vamos apresentar um corte mais significativo para eles (*sic*), para que eles reflitam um pouco que não tem cabimento o Brasil ter 3,5 milhões de processos e 50 mil funcionários para cuidar de demandas trabalhistas”<sup>8</sup>.

Em outra ocasião, referido relator, empresário brasileiro, já havia declarado ser alérgico à Justiça do Trabalho, consoante se vê em vídeo nas referências ao final.

A Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – Anamatra ajuizou a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADI nº 5468 perante o STF, aduzindo, em síntese, que referida norma seria inconstitucional, ao afetar a independência e autonomia do Poder Judiciário, possuir caráter retaliatório, já que os cortes orçamentários dos demais ramos foi bem inferior, bem como a emenda que resultou na alteração seria incompatível com o Plano Plurianual de 2016/2019.

Por maioria de votos, o E. STF entendeu que a definição do orçamento seria tarefa de competência do Poder Legislativo, uma vez que a autonomia orçamentária do Judiciário apenas lhe garantiria a prerrogativa de elaborar e apresentar suas propostas ao Legislativo. Concluiu ainda que não seria possível presumir que a aprovação do orçamento tenha ocorrido pelos motivos apresentados pelo relator da norma, uma vez

---

<sup>7</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, [em linha] <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. [07 agosto 2016].

<sup>8</sup> Batista Barboza, Hélio. “Relator do Orçamento ataca a JT com corte de verbas”. [em linha]. *Sintrajud.com*, 17 de dezembro de 2015. <[http://www.sintrajud.org.br/conteudo/detalhe\\_noticia.php?cod=4373](http://www.sintrajud.org.br/conteudo/detalhe_noticia.php?cod=4373)>. [07 agosto 2016].

que o relatório não vincula os parlamentares membros da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização. Foi destacado, inclusive, que todos os ramos do Poder Judiciário foram atingidos pelos cortes orçamentários, considerando-se o contexto socioeconômico do país. Considerou, por fim, que a tarefa de definir receitas e despesas não incumbiria ao Poder Judiciário, mas ao Legislativo. Passo a transcrever a certidão de julgamento da ADI 5.468:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, aprovou tese fixada nos seguintes termos: ‘Salvo em situações graves e excepcionais, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, interferir na função do Poder Legislativo de definir receitas e despesas da administração pública, emendando projetos de leis orçamentárias, quando atendidas as condições previstas no art. 166, § 3º e § 4º, da Constituição Federal’<sup>9</sup>.

O relator da ADI, Ministro Luiz Fux, fez um apelo ao legislador para que recompusesse o orçamento da Justiça do Trabalho através de créditos suplementares ou especiais, destacando a relevância do serviço público realizado pela Justiça do Trabalho.

Em que pese o devido respeito à decisão do STF, reputo que a decisão abriu perigoso precedente quanto ao sistema de freios e contrapesos estabelecido pela CRFB/1988, uma vez que chancelou a conduta do Poder Legislativo, o que poderia autorizá-lo a sufocar quaisquer dos ramos dos outros poderes, através da supressão ou redução orçamentária.

Isso porque é elemento basilar que qualquer órgão necessita de orçamento para custeio e investimento. A Justiça do Trabalho atualmente conta com o sistema do Processo Judicial Eletrônico – PJe-JT, que já funciona em todo o Brasil, o que demanda gastos para sua manutenção e aprimoramento. Ilustre-se com o TRT da 16ª Região (Estado do Maranhão), em que todos os processos já são iniciados através do sistema PJe-JT.

Dentre outras despesas, faz-se necessário adquirir insumos, tais como materiais de expediente, materiais de limpeza, água etc. Há ainda gastos com segurança, contas de água e energia, dentre outros. É preciso fazer manutenção predial, construir fóruns adequados à demanda, que só aumenta, especialmente em época de crise e tendo em

---

<sup>9</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. “Ação Direta de Inconstitucionalidade [em linha], nº 5.468. Certidão de Julgamento”. [em linha] <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4920998>>. [07 agosto 2016].

conta que a prática no Brasil é de se privilegiar as ações individuais em detrimento das ações coletivas, o que eleva sobremaneira o número de ações.

O Ministro Celso de Mello, decano do STF, abriu divergência do voto do relator e trouxe brilhante lição de que a Lei nº 13.255/2016 afronta, em seu entender, a autonomia do Poder Judiciário. Em suas palavras, a conduta do Poder Legislativo que submete a Justiça do Trabalho a severos cortes “muitas vezes culminando com a imposição de um inadmissível estado de submissão financeira e de subordinação orçamentária absolutamente incompatível com a autonomia que a própria Constituição outorgou”<sup>10</sup>.

Ademais, a atitude do Poder Legislativo, em sua opinião, consubstancia clara afronta ao acesso à Justiça e à proteção aos direitos fundamentais sociais ligados ao direito do trabalho, que abrange trabalhadores, empregadores e também sindicatos, arts. 7º e 8º da CRFB/1988.

Reputo que o posicionamento do Ministro Celso de Mello é o mais consentâneo com as normas constitucionais vigentes no Brasil, acrescentando aos argumentos acima a impossibilidade se utilizar finalidade inidônea para fundamentar o corte orçamentário discriminatório em relação aos demais ramos do Poder Judiciário.

O estímulo à reflexão acerca da atuação da Justiça do Trabalho não pode servir de fundamento para um corte orçamentário distinto daquele feito aos demais ramos do Poder Judiciário.

O que ocorreu, em meu sentir, foi uma retaliação pelos bons serviços prestados pelo Poder Judiciário Trabalhista.

Permitir o corte de orçamento de um dos ramos do Poder Judiciário como punição pelo correto exercício de suas funções é algo intolerável. Seria o mesmo que permitir que o Ministério Público fosse punido por investigar e ajuizar ações ou que a Defensoria Pública fosse sancionada por tutelar o interesse dos hipossuficientes ou ainda que as Advocacias Públicas fossem castigadas por defender os interesses dos entes federativos que representam.

Com referida decisão, não coube outra alternativa que não fosse buscar alertar a sociedade acerca da gravidade da situação. Assim, foram feitas manifestações em favor da Justiça do Trabalho em diversos estados brasileiros, tais como se deu no

---

<sup>10</sup> Supremo Tribunal Federal. “STF julga improcedente ADI contra cortes orçamentários da Justiça do Trabalho”. [em linha] <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319997>>. [07 agosto 2016].

âmbito dos TRT das 2ª (São Paulo)<sup>11</sup>, 6ª (Pernambuco)<sup>12</sup>, 16ª (Maranhão)<sup>13</sup> e 18ª (Goiás)<sup>14</sup>.

Em referidos atos foi possível perceber como a sociedade em geral, inclusive os demais ramos do Poder Judiciário brasileiro desconheciam a atual situação vivenciada pela Justiça do Trabalho brasileira.

No Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, localizado no Estado Maranhão, foi necessário decretar estado de emergência financeira<sup>15</sup>, sendo necessária a adoção de inúmeras medidas de contenção de gastos, tais como alteração do horário de expediente, suspensão de obras de construção e reforma, não renovação dos contratos de estagiário, repactuação de contratos de prestação de serviços terceirizados, suspensão da nomeação de magistrados do trabalho e servidores, dentre outras. Outros tribunais tiveram que adotar medidas similares, conforme a realidade local.

Em resposta à pressão nacional, o então Presidente interino Michel Miguel Elias Temer, editou a Medida Provisória de nº 740, de 14 de julho de 2016, abrindo crédito extraordinário em favor da Justiça do Trabalho brasileira.

Ocorre que os valores repassados não foram suficientes para permitir o efetivo funcionamento da Justiça do Trabalho em 2016, exigindo ainda severa contenção de despesas, o que impacta no resultado da prestação de serviços da Justiça do Trabalho brasileira. É o que se vê na reportagem intitulada de “Desemprego faz aumentarem os processos na Justiça Trabalhista”<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. “TRT-2 sedia Ato Público para mobilização contra o corte orçamentário da Justiça do Trabalho”. [em linha] <<http://www.trtsp.jus.br/indice-noticias-em-destaque/20269-trt-2-sedia-ato-publico-para-mobilizacao-contr-o-corte-orcamentario-da-justica-do-trabalho>>. [07 agosto 2016].

<sup>12</sup> Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. “Ato em defesa do funcionamento da Justiça do Trabalho reúne magistrados e representantes da sociedade civil”. [em linha] <<http://www.trt6.jus.br/portal/noticias/2016/05/25/ato-em-defesa-do-funcionamento-da-justica-do-trabalho-reune-magistrados-e>>. [07 agosto 2016].

<sup>13</sup> Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. “NOTA OFICIAL: Você já imaginou o Brasil sem a Justiça do Trabalho?” [em linha] <<https://trt16.gov.br/www/site/index.php?noticia=38584>>. [30 agosto 2016].

<sup>14</sup> Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. “Ato para defender a Justiça do Trabalho será realizado no dia 30 de maio no Fórum Trabalhista de Goiânia”. [em linha] <<http://www.trt18.jus.br/portal/noticias/ato-para-defender-a-justica-do-trabalho-sera-realizado-no-dia-30-de-maio-no-forum-trabalhista-de-goiania>>. [07 agosto 2016].

<sup>15</sup> Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. “TRT-MA decreta estado de emergência financeira”. [em linha]. <<http://www.trt16.jus.br/site/index.php?noticia=38645>>. [30 agosto 2016].

<sup>16</sup> Jornal Nacional. “Desemprego faz aumentarem os processos na Justiça Trabalhista”. [em linha]. *Globo.com*, 29 de agosto de 2016. <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/08/desemprego-faz-aumentarem-os-processos-na-justica-trabalhista.html>>. [30 agosto 2016].

#### 4. O futuro da Justiça do Trabalho no Brasil

Percebe-se claramente que há um movimento com a cristalina intenção de restringir os direitos sociais no Brasil, sendo inúmeras as matérias publicadas em jornais de grande circulação que defendem a extinção dos direitos já estabelecidos, argumento ainda mais comum em tempos de crise.

É o que se vê, por exemplo, nas reportagens eletrônicas do jornal “O Globo”, com títulos “Conheça os absurdos que ainda sobrevivem na CLT”<sup>17</sup> e “Mudar a CLT vai ajudar o país a crescer”<sup>18</sup>, bem como no Editorial do Jornal “Folha de São Paulo”, intitulado de “Obsoleta e excludente”<sup>19</sup>.

Mais recentemente, o deputado federal Nelson Marchezan defendeu abertamente a extinção da Justiça do Trabalho, consoante possível visualizar em vídeo cujo “link” segue nas referências bibliográficas.

É preciso reagir. A Justiça do Trabalho precisa demonstrar à sociedade qual o seu papel institucional e sua missão. Se não há orçamento suficiente, as redes sociais podem ser de grande utilidade para democratizar a informação, especialmente porque se consubstanciam em meios de informação gratuitos e eficientes, ao permitir o alcance de milhões de pessoas.

A convocação de audiências públicas deve ser elemento de divulgação da situação de precariedade enfrentada. Toda o pessoal que integra a Justiça do Trabalho (Ministros, Desembargadores, Magistrados do trabalho, Servidores, Prestadores de Serviço e Estagiários), além dos membros da Advocacia e os cidadãos precisam encampar a tarefa de divulgar o que está acontecendo, a fim de que a sociedade possa exigir dos parlamentares que receberam o voto popular o cumprimento das determinações constitucionais.

É preciso que a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA e as associações regionais dos Magistrados do Trabalho – AMATRA continuem atuando firmemente em busca da recomposição orçamentária da Justiça do Trabalho, de modo a se reestabelecer a harmonia e o equilíbrio entre os poderes que compõem a República Federativa do Brasil, sob pena de os direitos trabalhistas serem

---

<sup>17</sup> Jornal O Globo. “Conheça os absurdos que ainda sobrevivem na CLT”. [em linha]. *Globo.com*, 28 de Julho de 2016. [em linha] <<http://oglobo.globo.com/economia/conheca-os-absurdos-que-ainda-sobrevivem-na-clt-19800046#ixzz4GgJSOEn0>>. [07 agosto 2016].

<sup>18</sup> “Mudar a CLT vai ajudar o país a crescer”. [em linha]. *Globo.com*, 28 de Julho de 2016. <<http://oglobo.globo.com/economia/mudar-clt-vai-ajudar-pais-crescer-19799156>>. [07 agosto 2016].

<sup>19</sup> Editorial Folha de São Paulo. “Obsoleta e excludente”. [em linha]. *Folha.uol.com*, 07 de agosto de 2016. <[http://m.folha.uol.com.br/opiniaio/2016/08/1799797-obsoleta-e-excludente.shtml# = >\\_](http://m.folha.uol.com.br/opiniaio/2016/08/1799797-obsoleta-e-excludente.shtml# = >_)>. [07 agosto 2016].

flagrantemente violados de modo reflexo, o que não se pode permitir, notadamente em se considerando que o Brasil vive grave crise política e econômica, notadamente diante das incertezas da gestão do Presidente da República Michel Miguel Elias Temer, empossado em 31/08/2016, após o *impeachment* da então Presidente Dilma Vana Rousseff.

## 5. Conclusão

A Justiça do Trabalho brasileira sofreu grave corte orçamentário este ano. É preciso que a sociedade como um todo seja esclarecida acerca da atual situação.

Referida medida deve ser duramente combatida por todos os atores sociais, sob pena de se permitir, reflexamente, a ocorrência de grave violação aos direitos fundamentais de natureza social insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, destacando-se os direitos de seu art. 7º, e nas normas infraconstitucionais, assim como no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, no art. 7º, o que não se pode tolerar, uma vez que implicaria clara violação ao princípio da vedação do retrocesso social.

Ademais, não se pode inviabilizar a atuação da Justiça do Trabalho brasileira através do corte orçamentário, uma vez que isso equivale a uma indevida invasão dos Poderes Legislativo, ao elaborar a lei orçamentária, e do Executivo, ao sancionar referida lei, no Poder Judiciário o que não é permitido pela Constituição Federal da República do Brasil de 1988, que estabeleceu a separação dos poderes, que devem ser independentes e harmônicos entre si.

É preciso esclarecer a Justiça do Trabalho brasileira possui relevante papel de efetivação dos direitos sociais (direitos materiais do trabalho), que são estabelecidos em favor de trabalhadores e empregadores, agindo de forma isonômica e imparcial de modo a aplicar as normas do ordenamento trabalhista, buscar a máxima efetivação dos direitos fundamentais sociais de natureza trabalhista. Desta forma, urge que seja protegida dos excessivos ataques que vem sofrendo, especialmente em razão do corte orçamentário.

## Referencias Bibliográficas

Batista, Hélio. “Relator do Orçamento ataca a JT com corte de verbas”. [em linha]. *Sintrajud.com*, 17 de dezembro de 2015. <[http://www.sintrajud.org.br/conteudo/detalhe\\_noticia.php?cod=4373](http://www.sintrajud.org.br/conteudo/detalhe_noticia.php?cod=4373)>. [07 agosto 2016].

- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. [em linha], <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. [07 agosto 2016].
- Lima, Francisco y Rodrigues, Péricles. *Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2016.
- s.a. “Obsoleta e excludente”. [em linha]. *Folha.uol.com*, 07 de agosto de 2016. <<http://m.folha.uol.com.br/opiniao/2016/08/1799797-obsoleta-e-excludente.shtml#>>. [07 agosto2016].
- “Desemprego faz aumentarem os processos na Justiça Trabalhista”. [em linha]. *Globo.com*, 29 de agosto de 2016. <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/08/desemprego-faz-aumentarem-os-processos-na-justica-trabalhista.html>>. [30 agosto 2016].
- “Conheça os absurdos que ainda sobrevivem na CLT”. [em linha]. *Globo.com*, 28 de Julho de 2016. <<http://oglobo.globo.com/economia/conheca-os-absurdos-que-ainda-sobrevivem-na-clt-19800046#ixzz4GgJSOEn0>>. [07 agosto2016].
- “Mudar a CLT vai ajudar o país a crescer”. [em linha]. *Globo.com*, 28 de Julho de 2016. <<http://oglobo.globo.com/economia/mudar-clt-vai-ajudar-pais-crescer-19799156>>. [07 agosto2016].
- Vídeo com a justificativa do relator do orçamento para o corte orçamentário da Justiça do Trabalho. [em linha], <[https://www.youtube.com/watch?v=1gPvrO\\_tbl0](https://www.youtube.com/watch?v=1gPvrO_tbl0)>. [07 agosto 2016].
- Vídeo em que o relator do orçamento alegou possuir alergia à Justiça do Trabalho. [em linha], <<http://angelorigon.com.br/2016/02/16/eu-tenho-alergia-a-justica-do-trabalho/>>. [07 agosto 2016].
- Vídeo em que um deputado federal defende a extinção da Justiça do Trabalho. [em linha], <<https://www.youtube.com/watch?v=K3aQfLvi89M>>. [07 agosto 2016].
- Schiavi, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016.
- Supremo Tribunal Federal. “Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.468. Certidão de Julgamento” [em linha], <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4920998>>. [07 agosto 2016].
- “Juízes questionam em ADI corte do orçamento da Justiça do Trabalho”, [em linha], <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309441>> [07 agosto 2016].

- “STF julga improcedente ADI contra cortes orçamentários da Justiça do Trabalho”. [em linha], <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319997>> . [07 agosto 2016].
- Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. “TRT-2 sedia Ato Público para mobilização contra o corte orçamentário da Justiça do Trabalho” [em linha], <<http://www.trtsp.jus.br/indice-noticias-em-destaque/20269-trt-2-sedia-ato-publico-para-mobilizacao-contr-o-corte-orcamentario-da-justica-do-trabalho>>. [07 agosto 2016].
- Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. “Ato em defesa do funcionamento da Justiça do Trabalho reúne magistrados e representantes da sociedade civil” [em linha], <<http://www.trt6.jus.br/portal/noticias/2016/05/25/ato-em-defesa-do-funcionamento-da-justica-do-trabalho-reune-magistrados-e>>. [07 agosto 2016]
- Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. “Ato público para defender a Justiça do Trabalho será nesta sexta-feira (3/6)”. [em linha] <[http://www.trt7.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2887:ato-publico-para-defender-justica-do-trabalho-sera-nesta-sexta-feira-3-6&catid=152&Itemid=302](http://www.trt7.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2887:ato-publico-para-defender-justica-do-trabalho-sera-nesta-sexta-feira-3-6&catid=152&Itemid=302)>. [07 agosto 2016].
- Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. “TRT-MA decreta estado de emergência financeira”. [em linha] <<http://www.trt16.jus.br/site/index.php?noticia=38645>>. [30 agosto 2016].
- “NOTA OFICIAL: Você já imaginou o Brasil sem a Justiça do Trabalho?” [em linha], <<https://trt16.gov.br/www/site/index.php?noticia=38584>>. [30 agosto 2016].
- Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. “Ato para defender a Justiça do Trabalho será realizado no dia 30 de maio no Fórum Trabalhista de Goiânia”. [em linha], <<http://www.trt18.jus.br/portal/noticias/ato-para-defender-a-justica-do-trabalho-sera-realizado-no-dia-30-de-maio-no-forum-trabalhista-de-goiania/>>. [07 agosto 2016].
- “Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2015”. Relatório Analítico, [em linha], p. 62. <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/0d949cde-0712-456a-a2e9-2601814cea41>>. [07 agosto 2016].
- Veras, Raquel. “A justiça do trabalho entre dois extremos: Do Conselho Nacional do Trabalho (CNT) ao Tribunal Superior do Trabalho (TST)”. [em linha], <<http://www.tst.jus.br/historia-da-justica-do-trabalho>>. [30 junho 2016].

## *V.5. DERECHO A LA EDUCACIÓN*



# O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

## THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION

Douglas Predo Mateus<sup>\*</sup>  
*Universidade Católica de Santos*  
Luis Carlos Costa<sup>\*\*</sup>  
*Fundação Santo André*

**Resumo:** O presente trabalho visa abordar a origem histórica dos direitos humanos, especialmente o direito à educação. No desenvolvimento será analisada a questão da judicialização dos direitos sociais, destacando-se julgados dos Tribunais brasileiros.

Os direitos humanos foram construídos ao longo da história da humanidade.

O marco inaugural foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, posteriormente complementada pelos Pactos sobre Direitos Cívicos e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

Distinguem-se, no entanto, essas categorias atribuindo-se aos direitos sociais uma “progressividade no processo de concretização”, enquanto os direitos cívicos e políticos sempre foram exigíveis de pronto e garantidos judicialmente.

Para isso, destacar-se-á o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas quando definidas pela própria Constituição, sempre que resultar comprometida a eficácia de direitos sociais nela previstos.

**Palavras chave:** direitos humanos; direito a educação; efetividade; judicialização.

**Abstract:** The present paper approaches the human rights historical origins, especially the right to education. Unfolding the theme will be analyzed the social rights judicialization, highlighting brazilian jurisprudence. Human rights have been built along human history. The milestone was The Universal Declaration of Human Rights of 1948, complimented by The International Covenant on Civil and Political Rights, and The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, both adopted in 1966 by UN General Assembly. However these categories are distinguished from each other, assigning a "progressiveness on realization process" to the social rights, while civil and political rights were immediately requirable and ensured by the Judiciary. Thus will be focused the Judiciary role, on those public policies from social rights defined by the Constitution itself, whether their effective implementation becomes hindered.

**Keywords:** human rights; right to education; effectiveness; judicialization.

### 1. Introdução

O presente trabalho visa abordar a origem histórica dos direitos humanos e dentro deles os direitos sociais e focando o direito à educação. No desenvolvimento analisaremos a

---

<sup>\*</sup> Doutorando em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos, Procurador Legislativo Municipal, Professor Universitário.

<sup>\*\*</sup> Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos, Coordenador do Curso de Direito da Fundação Santo André, Professor Universitário.

questão da judicialização dos direitos sociais, destacando julgados recentes dos Tribunais Superiores.

Os denominados direitos humanos vêm sendo construídos ao longo da história da raça humana. Em alguns momentos podemos dizer que tais direitos são “arquitetados”, em uma colocação suave e até poética, mas em muitos outros são “forjados” a ferro e fogo, conformados pelo embate entre os vários segmentos envolvidos, ao custo de muitas vidas até a efetiva concretização desses direitos.

Alguns autores consideram a Magna Carta de 1215 como o primeiro documento referente aos direitos humanos, outros, retrocedem um pouco mais na história<sup>1</sup>. Mas é inegável que tais direitos sofreram um grande impulso no século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

O primeiro documento internacional tratando do assunto foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, posteriormente complementada pelos Pactos sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos adotados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966<sup>2</sup>.

O desmembramento desses textos deve-se ao bipolarismo político vigente à época, na Comissão e na Assembléia Geral da ONU. O início da vigência internacional dos Pactos, no entanto, foi muito mais demorado, tendo em vista a força obrigatória desses atos, que exigem a assinatura e ratificação dos Estados<sup>3</sup>.

Os mencionados Pactos dividiram os direitos em duas categorias, com naturezas distintas: a dos direitos civis e políticos e a dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Para Piovesan, “os direitos fundamentais – sejam civis e políticos, sejam sociais, econômicos e culturais – são acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância”<sup>4</sup>. Assim, não se justificaria a diferença de categorias. Ademais porque, segundo a concepção atual introduzida pela Declaração Universal de 1948 e repetida na Declaração de Viena (1993), os direitos humanos são universais, interdependentes e indivisíveis.

---

<sup>1</sup> Comparato, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.44: “(...) na Península Ibérica com a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e, sobretudo, na Inglaterra com a *Magna Carta* de 1215. No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade.”

<sup>2</sup> Alves, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997. p. 24.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>4</sup> Piovesan, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 96.

Distinguem-se no entanto, essas categorias atribuindo-se aos direitos sociais uma “progressividade no processo de concretização”, enquanto os direitos civis e políticos sempre foram exigíveis de pronto e pacificamente garantidos pela via judicial, se necessário.

Segundo Trindade, especialmente após a Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1968 (Teerã) que proclamou a indivisibilidade dos direitos humanos, ficou aberta a possibilidade de uma “reconsideração geral da dicotomia entre os direitos econômicos, sociais e culturais, e os direitos civis e políticos”<sup>5</sup>. Essa evolução permite concluir, como Trindade, que “entre as duas ‘categorias’ de direitos – individuais e sociais ou coletivos – não pode haver senão complementaridade e interação, e não compartimentalização e antinomia”<sup>6</sup>.

## 2. O direito fundamental à educação

Enfrentando o termo “Educação”, Muniz<sup>7</sup> discorre:

O conceito de educação, na sua etimologia, sempre foi afetado por uma dupla influência: ou entendiam-no como desenvolvimento das possibilidades interiores do homem, onde o educador apenas as exteriorizava (nativismo), ou consideravam-no como conhecimento humano adquirido pela experiência (empirismo). Os dois vocábulos latinos *educare* e *educere*, origem etimológica do verbo educar, encerram esta dupla concepção. O termo *educare* compreende um processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do ser humano em geral, visando sua melhor integração individual e social. Neste contexto, tal verbo significa criar, alimentar, subministrar o necessário para o desenvolvimento da personalidade. *Educere* possui o sentido etimológico inclinando-se por uma educação em que o mais importante é a capacidade interior do educando, cujo desenvolvimento só será decisivo se houver um dinamismo interno.

Mais adiante, resume a citada autora<sup>8</sup>:

A educação engloba a instrução, mas é muito mais ampla. Sua finalidade é tornar os homens mais íntegros, a fim de que possam usar da técnica que receberam com sabedoria, aplicando-a disciplinadamente. Instrução e educação, embora possam ser entendidas como

---

<sup>5</sup> Trindade, Antônio Augusto Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 359.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 360.

<sup>7</sup> Muniz, Regina Maria F. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 7.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 9.

duas linhas paralelas com finalidades diferentes, necessariamente devem caminhar juntas e integrar-se.

Diz o artigo 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em seu parágrafo 1º, que os Estados-partes reconhecem o direito de toda pessoa à educação e concordam em que a educação deverá visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. A educação deverá capacitar ainda, todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover a paz.

Já entendia Pontes de Miranda,<sup>9</sup> que, para o pleno exercício do direito à educação, é mister a instituição da “escola única” dar a todos as mesmas possibilidades, dar a todos alimentação suficiente, uniforme e material escolar, ou seja, a gratuidade absoluta.

Tocantemente ao direito à educação, afirma o mesmo autor:

Nas constituições é preciso e basta que se diga: ‘A escola é única. Os cursos primário e profissional serão gratuitos e obrigatórios; o secundário e o superior gratuitos e facultativos. A frequência é livre. Todo material escolar e meios de frequência para o aluno são gratuitos. A lei regulará os processos de seleção, que não de ser entre todos. A escola única acaba os collegios particulares. A escola primária vai, pelo menos, até os 14 anos’.

No mesmo sentido, o artigo 13, parágrafo 2, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

2. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

- a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.
- b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.
- c) A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Direito à educação*. Rio de Janeiro: Alba, 1933. p.102.

Como destaca Bontempo,<sup>11</sup> em relação aos parâmetros internacionais sobre o direito à educação, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais observou, no ponto 1, do Comentário Geral nº 13, que:

a educação é tanto um direito humano, em si mesmo, quanto é um meio indispensável para a realização dos outros direitos humanos. Como um direito de empoderamento (*empowerment right*), a educação é o veículo primário pelo qual os adultos e crianças econômica e socialmente marginalizados podem combater a pobreza e obter os meios para participar plenamente de suas comunidades.

O ponto 6 do referido Comentário Geral estabelece quatro dimensões essenciais e inter-relacionadas do direito à educação, segundo Bontempo:<sup>12</sup>

a) disponibilidade (availability), isto é, as instituições e programas educacionais devem ser disponíveis em quantidades suficientes; c) acessibilidade (accessibility), o que, por sua vez, envolve três dimensões – o princípio da não-discriminação (a educação deve ser acessível a todos, sem discriminação, especialmente aos grupos mais vulneráveis, de direito e de fato); a acessibilidade física (a educação deve ser disponibilizada em local fisicamente seguro, pela localização geográfica razoável ou pela moderna via tecnológica – programas de “aprendizado a distância”) e a acessibilidade econômica (ainda que a educação primária deva ser disponibilizada “gratuitamente para todos”, os Estados-partes têm a obrigação de, progressivamente, introduzir a educação secundária e superior gratuitas); c) aceitabilidade (acceptability), ou seja, a forma e o conteúdo da educação, incluindo o currículo e a metodologia, devem ser culturalmente apropriados e de boa qualidade; e d) adaptabilidade (adaptability), isto é, a educação deve ser flexível, passível de ser adaptada às transformações sociais, respondendo às necessidades de diversidade cultural e social.

O ordenamento constitucional vigente, todavia, prevê o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito como direito público subjetivo, a progressiva universalização do ensino médio gratuito, mas ainda não garante o acesso ao nível superior, ensejando medidas do Estado para a efetiva implementação do direito à educação.

---

<sup>10</sup> Mazzuoli, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>11</sup> Bontempo, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 75.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 76.

A implementação, ainda que de forma progressiva, vem expressamente assegurada pelo artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que dispõe:

Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

E, de acordo com o artigo 5º, do mesmo Pacto Internacional, é proibido o retrocesso social. Diz o referido dispositivo:

1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.
2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de Leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

Por força do que dispõe o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, donde se extrai a natureza materialmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.<sup>13</sup> A partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, ratificando assim, o entendimento doutrinário sobre a natureza dos tratados.

---

<sup>13</sup> Piovesan, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 92.

No Brasil a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, reconhece a educação como direito social: “São direitos sociais a educação, (...), na forma desta Constituição”.

A Constituição esclarece em seu art. 205:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Na seqüência, o artigo 208 especifica:

O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I-Ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

(...)

IV-Atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

(...)

§ 1º. O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º. O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Complementa o art. 211:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

(...)

§ 2º. Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º. Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

Como já dito, apesar de se tratar de direito incontestável, contra o qual ninguém teria coragem de insurgir-se, o direito à educação, com amplo acesso àqueles que tenham interesse, ou estejam em idade escolar ainda carece de efetividade.

Apesar de inquestionável a idéia de que a educação, ou melhor, o acesso à educação é um direito fundamental ao qual todos devem ter acesso, a fruição efetiva deste direito fundamental ainda encontra alguns obstáculos, como o fato do Administrador

Público não reconhecer este direito como uma prioridade, apesar do tratamento constitucional. Neste sentido, Duarte<sup>14</sup>:

É evidente que se as condições de efetividade dos direitos sociais dependem de ações estatais concretas, sem as quais o programa social neles contido não se realiza, isso significa que a sua plena satisfação extrapola o nível da satisfação individual do direito.

### **3. A discussão judicial**

A interpretação dos artigos constitucionais retrocitados, inicialmente não gerou nenhuma repercussão de destaque. Em 1990, ainda sob os auspícios da Constituição Cidadã, foi publicado o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que no tocante à educação somente inovou na exigência de que a “escola pública e gratuita” fosse “próxima de sua residência”.

Até este momento, ainda estavam os Estados e Municípios se adequando à nova realidade, no tocante a esta divisão de responsabilidades e à garantia do direito social à educação.

Em 1996, surge a Emenda Constitucional nº 14 e logo depois, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

A Emenda Constitucional nº 14, criou o Fundef, que significou a retenção de 15% dos impostos de transferência, os quais seriam devolvidos na proporção de alunos matriculados no ensino fundamental; e a LDB determinou que a educação pré escolar, vale dizer, as creches, fazem parte do processo educacional, compondo entre outras coisas, os gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino.

Resumindo, a partir de 1996, os Municípios perderam receita, que somente retornaria se houvesse alunos no ensino fundamental. Não é necessária muita sabedoria para entender que passaram os Municípios a investir nesta modalidade de ensino em detrimento das outras. Conseqüentemente a educação infantil e pré-escolar ficaram desprestigiadas.

Cabe aqui um pequeno parêntese, para citar um dado que passou em branco na seqüência cronológica. A Constituição Federal de 1988 deu novo “formato” ao Ministério Público, que deixou de ser o “persecutor penal”, advogado dos interesses do Estado, com

---

<sup>14</sup> Duarte, Clarice Seixas. *Direito público subjetivo e políticas públicas*. Disponível em: [www.scielo.br](http://www.scielo.br). Acesso em 11/5/2006.

vocação marcadamente criminal, para ser o “fiscal da lei”, podendo atuar nas áreas cíveis com a mesma desenvoltura e com ferramentas de investigação (inquérito civil).

Esta instituição teve atuação marcante para o caso que vamos acompanhar.

Voltando para a questão da oferta de vagas em pré-escolas e creches, a imensa maioria dos Municípios simplesmente não possuía escolas com essas modalidades de ensino, causando um transtorno para os pais que trabalham e não tem com quem deixar as crianças, além do flagrante descumprimento da ordem constitucional por mera opção arrecadatória do Executivo.

Houve então um movimento, se é que se pode chamar assim, do Ministério Público para que os Municípios assumissem suas obrigações.

Inicialmente foram Inquéritos Cíveis, visando a formalização de Termos de Ajustamento de Conduta com o objetivo de regularização da situação e acolhimento da demanda pelos serviços públicos.

Frustrada a conciliação, iniciaram-se demandas judiciais, visando à oferta de vagas sob pena da imposição de multas diárias na hipótese de descumprimento.

Por conta da já citada “progressividade na concretização”, havia um entendimento a época, de que não era possível a discussão judicial destes direitos, posto normas meramente programáticas, a serem cumpridas “com o tempo”.

Acerca da possibilidade de judicialização, fala Trindade, citado por Piovesan<sup>15</sup>:

Não há qualquer impossibilidade lógica ou jurídica para que assim se proceda. Há que garantir a justiciabilidade dos direitos econômicos e sociais, a começar pelo princípio da não discriminação. Por que motivo em relação aos direitos políticos são há muito condenadas práticas discriminatórias, às quais, em relação aos direitos econômicos e sociais, persistem e parecem ser toleradas como supostas realidades inevitáveis? Há que se submeter à justiciabilidade decisões governamentais e de organismos financeiros internacionais que, à guisa de resolver “problemas econômicos”, condenam ao empobrecimento, ao desemprego e à fome, se não a médio ou longo prazo à miséria e à morte, milhares de seres humanos. Se é certo que a vigência de muitos direitos econômicos e sociais é de “realização progressiva”, também é certo que tal vigência requer medidas imediatas por parte dos Estados, certas obrigações mínimas em relação a um núcleo de direitos de subsistência (direitos à alimentação, à moradia, à saúde, à

---

<sup>15</sup> Trindade, Antonio A. Cançado. “Direitos Econômicos e Sociais”. In: Trindade, A.A.C. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. São José da Costa

educação, somados ao direito ao trabalho), quando pouco para neutralizar os efeitos devastadores de políticas recessivas particularmente sobre os segmentos carentes ou vulneráveis da população.

Podemos citar o caso de dois Municípios no Estado de São Paulo: Santos e Santo André, e o faremos em razão da diferença de tratamento dada pelo Poder Judiciário em situações idênticas.

Em Santos, o Ministério Público não obteve sucesso em ação coletiva objeto da Apelação Cível nº 79.260-0/9-00, decidida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Entendeu esse Tribunal Estadual pela improcedência da ação visando compelir o Município ao oferecimento de vagas em creche e pré-escola municipal, considerando que não pode o Poder Judiciário substituir o Executivo na execução de atividades de administração, escapando ao controle jurisdicional o exame da conveniência e oportunidade de seus atos, vinculados à previsão orçamentária e ao programa de governo.<sup>16</sup> Em razão disso, adotou a estratégia de ações individuais, nas quais vêm obtendo sucesso.

Em Santo André, o Ministério Público intentou ação civil pública e obteve sucesso em 1ª Instancia, sendo derrotado no Tribunal de Justiça.

Trazemos à colação as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores no caso do Município de Santo André em que se discutiu o direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos, reproduzido no artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No Superior Tribunal de Justiça foi dado provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (RESP 575280-SP), por maioria de votos, vencido o relator Ministro José Delgado, que reconhecia a afronta ao princípio da separação dos Poderes e a interferência indevida do Poder Judiciário na esfera de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

---

Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. Apud. Piovesan, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 105.

<sup>16</sup> Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 079.260.0/9-00. Relator: Des. Mohamed Amaro. São Paulo, 4 de novembro de 2002. Disponível em: <http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal> Acesso em: 13 mar. 2006.

O Ministro Luiz Fux<sup>17</sup>, por outro lado, exarou voto-vista contrário ao entendimento do Relator e foi acompanhado pelo Ministro Teori Albino Zavascki. Ressaltou aquele Ministro, relator para o acórdão, que embora não se configure a existência de direitos subjetivos imediatamente tuteláveis pelo Poder Judiciário, em face da natureza dos direitos fundamentais sociais, de direitos a prestações do Estado e por isso sujeitos a conformações de natureza política ou administrativa e a disponibilidade de recursos orçamentários, não se pode dizer que sejam destituídos de eficácia os preceitos constitucionais garantidores. Nesse sentido conclui o citado Ministro:

Assim, por mais elástico que possa ser o campo da atuação conformadora do Município em matéria de educação, é razoável identificar a presença, no conjunto normativo, de um mínimo essencial que escapa a qualquer poder de discricção administrativa ou política. Há um núcleo mínimo essencial de densidade normativa apto a assegurar, desde logo, o cumprimento do dever de atendimento em creche, senão a todas, ao menos às crianças completamente carentes, desprovidas de qualquer outra espécie de proteção, financeira ou social.<sup>18</sup>

O Supremo Tribunal Federal também acolheu recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (RE 436.996-SP) em face do Município de Santo André, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello. Tratou o julgado da questão pertinente à “reserva do possível”, reconhecendo ao Poder Judiciário competência para determinar a implementação de políticas públicas quando definidas pela própria Constituição, sempre que resultar comprometida a eficácia de direitos sociais nela previstos.

Extrai-se do voto do relator:

**Não se ignora** que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – **além** de caracterizar-se pela **gradualidade** de seu processo de concretização – **depende**, em grande medida, de um **inescapável** vínculo financeiro **subordinado** às possibilidades orçamentárias do Estado, **de tal modo** que, **comprovada**, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, **desta não se poderá** razoavelmente

---

<sup>17</sup> Por coincidência, os outros dois Ministros que participaram do julgamento, posteriormente, vieram a ser indicados para compor o Supremo Tribunal Federal.

<sup>18</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RESP 575.280. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 2 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 13 mar. 2006.

exigir, então, **considerada** a limitação material referida, **a imediata efetivação** do comando fundado no texto da Carta Política.

**Não se mostrará lícito**, contudo, ao Poder Público, **em tal hipótese**, criar obstáculo artificial **que revele** – a partir de **indevida** manipulação de sua atividade financeira **e/ou** político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito **de** fraudar, **de** frustrar **e de** inviabilizar o estabelecimento e a preservação, **em favor da** pessoa **e dos** cidadãos, de condições materiais **mínimas** de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Informativo/STF** nº 345/2004).

**Cumprir advertir**, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo objetivamente aferível – **não pode** ser invocada, pelo Estado, **com a finalidade** de exonerar-se, **dolosamente**, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, dessa conduta governamental negativa, **puder resultar** nulificação **ou**, até mesmo, **aniquilação** de direitos constitucionais **impregnados** de um sentido de essencial fundamentalidade.<sup>19</sup>

Cumprir-nos destacar, que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, negou provimento ao recurso de agravo interposto pelo Município de Santo André contra a decisão singular do Ministro Celso de Mello supracitada.

Em dezembro de 2005, em decisão envolvendo o Município de Santos, o Tribunal de Justiça de São Paulo, modificou o entendimento, uma vez que não se limitou a citar os precedentes das Cortes Superiores, mas desenvolveu doutrina própria, como pode ser constatado no voto da lavra do Des. Sidney Romano:

É incontestável o direito da criança à matrícula (sic) creche municipal próxima de sua residência, como determinam os arts. 54, IV e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com o art. 211, par. 2º e 3º da Constituição Federal, com redação que foi dada pela Emenda Constitucional nº 14, devendo ser trazido a lume, ainda, o art. 11, V, da Lei nº 9394/96.

(...)

A questão de vagas não poderia impedir a matrícula, posto que é dever do Poder Público prover todas que se mostrem necessárias, não sendo admissível acolher qualquer afirmação de que se torna necessário adotar planejamento para preenchimento delas, (...) pois o Estatuto da Criança e do Adolescente vige há mais de treze (13) anos, sem que o Poder Público tenha se preparado para, de modo adequado e cabal, observar os ditames

---

<sup>19</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 436.996. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 26 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 mar. 2006.

constitucionais que erigem os direitos das crianças e adolescentes à categoria de prioritários.

A omissão do Administrador em prover as vagas, em decorrência da debilidade orçamentária, não pode servir de escusa para o descumprimento daqueles direitos e, por outro lado, já tarda demais a interpretação de que as normas que concedem tais direitos não são meramente programáticas, mas sim comandos que impõem deveres ao Poder Público, de modo a serem observados irrestritamente. Não existe discricionariedade administrativa ou poder de escolha quando o critério de eleição tenha sido objeto de definição constitucional.<sup>20</sup>

Este entendimento tem se consolidado, como se extrai de julgado mais recente:

APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Direito da Criança e do Adolescente. Matrícula e permanência em escola de educação infantil. Direito fundamental resguardado pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional. Sentença de procedência mantida. Pedido de majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais. Acolhimento parcial do pleito. Inobservância ao disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, vigente ao tempo da prolação da sentença. Apelo da Municipalidade não provido. Recursos ex officio e de apelação do autor parcialmente providos, apenas para reformar a sentença no que tange ao valor fixado para a verba honorária.

(Apelação nº 0016573-74.2014.8.26.0309, Relator(a): Issa Ahmed; Comarca: Jundiaí; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 08/08/2016; Data de registro: 11/08/2016)<sup>21</sup>.

Porém, mesmo com decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria e a construção de jurisprudência pacífica sobre o assunto, não se conseguiu evitar a judicialização desse direito fundamental.

---

<sup>20</sup> Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 123.676.0/1-00. Relator: Des. Sidney Romano. São Paulo, 5 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal>. Acesso em: 13 mar. 2006.

<sup>21</sup> No mesmo sentido: Apelação nº 1000134-48.2016.8.26.0584, Relator(a): Maurício Fiorito; Comarca: São Pedro; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/08/2016; Data de registro: 17/08/2016; Apelação nº 0002080-54.2014.8.26.0160, Relator(a): Salles Abreu (Pres. Seção de Direito Criminal); Comarca: Descalvado; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 01/08/2016; Data de registro: 02/08/2016; Apelação nº 0004103-16.2015.8.26.0296, Relator(a): Lidia Conceição; Comarca: Jaguariúna; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 25/07/2016; Data de registro: 27/07/2016; Apelação nº 0056644-03.2013.8.26.0100, Relator(a): Luiz Antonio de Godoy (Pres. da Seção de Direito Privado); Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 25/07/2016; Data de registro: 27/07/2016.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal voltou a enfrentar a questão no Recurso Extraordinário nº 956.475 Rio de Janeiro, da Relatoria do Min. Celso de Mello, do qual, destacamos da seguinte ementa:

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE MUNICIPAL. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DA ADP PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL, NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

O Município de Santos, apesar da decisão citada, ainda possui mais de oitocentas ações discutindo vagas em Unidades de Educação Infantil.

Isso somente caracteriza que, apesar de direito fundamental reconhecido, os Poderes Públicos competentes ainda não garantem a efetivação desse direito.

Frise-se que de acordo com o Plano Nacional de Educação, deve-se garantir, no mínimo, 50% de atendimento a crianças de até 3 anos nos próximos oito anos e segundo informações da Fundação Seade referentes a 2014, na Região Metropolitana da Baixada Santista, onde situa-se o município de Santos, a taxa de matrículas em creches, em relação a crianças de até 3 anos, é de 35,89%. Além disso, programas de transferências de recursos da União para os Municípios, visando a construção de creches não conseguem garantir a efetivação em virtude de muitos municípios não conseguirem contratar e gerir as obras<sup>22</sup>

Assim, demonstra-se que o direito à educação é direito fundamental, posto direito social, acolhido pelo nosso ordenamento constitucional como direito público subjetivo, consequentemente oponível em juízo frente ao Estado. A sua efetivação pelo Poder

---

<sup>22</sup> Calixto, Tatiane. “União suspende verbas para creches”. A Tribuna, 30 de agosto de 2016, p. A-3

Judiciário, nos casos de omissão do Poder Executivo, atualmente é admitida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

### Referências Bibliográficas:

- Alves, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.
- Bontempo, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 436.996. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 26 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 mar. 2006.
- RESP 575.280. Relator: Min. José Delgado [em linha]. Brasília, 2 de setembro de 2004. <<http://www.stj.gov.br>> [13 mar. 2006]
- Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 079.260.0/9-00. Relator: Dês. Mohamed Amaro [em linha]. São Paulo, 4 de novembro de 2002. <<http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal>>. [13 mar. 2006].
- Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 123.676.0/1-00. Relator: Des. Sidney Romano. [em linha]. São Paulo, 5 de dezembro de 2005. <<http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal>> [13 mar. 2006].
- Calixto, Tatiane. “União suspende verbas para creches”. *A Tribuna*, 30 de agosto de 2016, p. A-3.
- Comparato, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- Duarte, Clarice Seixas. *Direito público subjetivo e políticas públicas*. Disponível em: [www.scielo.br](http://www.scielo.br). Acesso em 11/5/2006.
- Mazzuoli, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- Muniz, Regina Maria F. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- Piovesan, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Direito à educação*. Rio de Janeiro: Alba, 1933.
- Trindade, Antonio A. Cançado. “Direitos Econômicos e Sociais”. In: Trindade, A.A.C. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no*

*direito brasileiro*. São José da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. Apud. Piovesan, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

Trindade, Antônio Augusto Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

# EDUCACIÓN DE JÓVENES Y ADULTOS COMO UN DERECHO HUMANO: EL PAPEL DEL CURRÍCULO

## YOUTH AND ADULT EDUCATION AS A HUMAN RIGHT: THE CURRICULUM ROLE

Aida Maria Monteiro Silva<sup>1</sup>  
*UFPE/NEPEDH/Bolsista da CAPES*  
Graça Dos Santos Costa<sup>2</sup>  
*UNEB/GREDHI/MPEJA*

**Resumen:** Este trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre la Educación como un derecho humano, sus significados y sentidos, subrayando la educación de los jóvenes y las jóvenes y adultos y adultas de 15 años o más edad, que no han tenido acceso a la escolarización en la edad prevista, los no alfabetizados y las no alfabetizadas. La realidad brasileña muestra que a ese colectivo el derecho a la educación está, todavía, lejos de ser universalizada, teniendo en cuenta que el país posee un porcentaje de 8,6% de la población no-alfabetizada, según datos del IBGE/2014, aunque se haya reducido del 10,1%, en el 2007, al 8,6 en 2014. No asegurar a todas las personas el derecho a la educación evidencia una de las contradicciones de Brasil, pese a estar regido por un régimen democrático y un Estado de Derecho. Es un país en el los derechos están asegurados en los marcos legales, pero no se cumplen en su integralidad, configurando una total falta de respeto al cumplimiento de la Constitución Federal de 1988. A partir de esa realidad problematizamos: ¿Qué explica el descompás entre las normativas jurídicas de garantía de los derechos y el no cumplimiento de estas?

¿Cómo el currículo puede contribuir al fortalecimiento y ampliación de los derechos relacionados con los/as jóvenes y adultos/as? Sabemos que ningún derecho está dado, sino conquistado en los procesos históricos de luchas, con avances y retrocesos. La materialización de los derechos para todas las personas solo es posible a través de las políticas públicas. Romper con el analfabetismo es requisito fundamental para concretar una ciudadanía activa y una sociedad democrática.

**Palabras Clave:** Educación de Jóvenes y Adultos; Currículo; Derechos Humanos.

**Abstract:** This paper aims to reflect on education as a human right, their meanings and senses, especially the education of young people and adults aged 15 or older who did not have access to schooling at the age expected, non-literate. The Brazilian reality shows that the right to education for these individuals, it's still far from being universalized, considering that the country has a percentage of 8.6% of the non-literate population, according to data from IBGE/2014, although there was a 10,1% reduction in 2007 to 8.6% in 2014. Failure to guarantee the right to education for all people, it's one of the contradictions of Brazil, governed by democracy and the rule of law. It's a country where

---

<sup>1</sup> Doctora en educación, profesora/investigadora de la Universidad Federal de Pernambuco (UFPE). Ha realizado estudios pos-doctorales en la Universidad de Oporto, especialista en derechos humanos y becaria de investigación en la CAPES (*Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino de Nível Superior*). Ex-Miembro del Comité Nacional de Educación en Derechos Humanos (EDH) de la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República de Brasil, miembro del Núcleo de Estudios e Investigación de EDH, Diversidad y Ciudadanía de la UFPE y Del Fórum Internacional de Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca. E-mail: trevoam@terra.com.br

<sup>2</sup> Doctora en educación por la Universidad de Barcelona. Profesora titular de la Universidad del Estado de Bahía (UNEB) en la cual imparte clases en el grado de Pedagogía y en el programa de post-grado profesional en Educación de Jóvenes y Adultos (MPEJA/UNEB). E-mail: gracacacosta@gmail.com

rights are guaranteed in legal frameworks, but are not effected in full, setting a total disrespect for the fulfillment of the 1988 Federal Constitution. From this reality we problematize: what explains the discrepancy between the legal regulations to guarantee the rights and non-implementation? How the curriculum can help to strengthen and expand the rights related to young and adults? We know that no right is given, but won in the historical processes of struggle, with advances and retreats, and their materialization to think about the rights for all people, is only possible through public policies. Break illiteracy is a requirement for the realization of an active citizenship and a democratic society.

**Keywords:** Youth and Adult Education, Curriculum, Human Rights.

## 1. Introducción

Este trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre la Educación como un derecho humano, sus significados y sentidos, subrayando la educación de los/as jóvenes adultos/as de 15 años o más edad, que no han tenido acceso a la escolarización en la edad prevista, las personas no-alfabetizadas.

La realidad brasileña muestra que para esos colectivos el derecho a la educación todavía está distante de ser universalizada, teniendo en cuenta que hay un porcentaje de 8,3% (13,2 millones) de la población no-alfabetizada, según Investigación Nacional por Muestra de Domicilio (PNAD) realizada por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística en el año 2014, aunque haya habido una reducción del 0,2% con respecto a 2013, 8,5% (13,3 millones).

La falta de garantía del derecho a educación de todas las personas evidencia una de las contradicciones de Brasil, pese a estar regido por un régimen democrático y un Estado de Derecho. Es un país en el que los derechos están asegurados bajo un marco legal, pero no se cumplen de forma íntegra, configurando una total falta de respeto al cumplimiento de la Constitución Federal de 1988. Esta declara que la enseñanza fundamental es un derecho público subjetivo, pudiendo ser reclamada por cualquier persona cuando no se cumple. Y, todavía, la Enmienda Constitucional nº 59, de 11 de noviembre de 2009, reafirma ese derecho en el Art. 208, ampliando la franja de edad:

[...] la educación básica obligatoria y gratis de los 4 (cuatro) a los 17 (diecisiete) años de edad, asegurada incluso la oferta gratuita a todos los que no han tenido acceso a ella en la edad propia"; y la "atención al estudiante, en todas las etapas de la educación básica, a través de programas suplementarios de material didáctico escolar, transporte, alimentación y atención sanitaria".

Según podemos observar en los datos anteriores, aunque resulte evidente una caída de los índices de analfabetismo en torno al 1,5% desde el 2007 al 2014, es inaceptable que, en Brasil, en pleno Siglo XXI, la era del conocimiento, y un país en pleno desarrollo económico (puesto 79º de 187 países, en el ranking de las naciones más o menos desarrolladas, ONU, 2013), el derecho a la educación no esté asegurado a todas las personas. Sabemos que la negación del derecho a la educación contribuye al no cumplimiento de otros derechos, puesto que la educación es condición sustantiva en la vida de las personas, desde la educación infantil, la enseñanza básica fundamental, la enseñanza media hasta la superior. De aquí su significado e importancia, principalmente la educación fundamentada en los derechos humanos. Esta es un vector de transformación, de empoderamiento individual y colectivo, y de fortalecimiento de la democracia, una vez que contribuye a que las personas puedan salir de la condición de sujetos tutelados para ser sujetos autónomos, protagonistas y constructores de sus proyectos y de su proyecto de sociedad de la cual forman parte. En ese sentido, estamos de acuerdo con Bobbio cuando afirma que: “El problema fundamental con relación a los derechos del hombre, hoy, no es tanto justificarlos, sino protegerlos. Se trata de un problema no filosófico, sino político”<sup>3</sup>.

Es el caso de Brasil, en el que no es por falta de instrumentos legales que los derechos están negados, sino por el desconocimiento de la gente en lo que se refiere a sus derechos y los mecanismos para cumplirlos. Y, también, la ausencia de una ciudadanía activa, una ciudadanía que incorpore los conocimientos sobre los procesos históricos de los derechos humanos, de forma que promueva intervenciones para poder materializarlos<sup>4</sup>.

La educación, en esta dirección, trabaja con el sentido de instrumentalizar las personas para entender al mundo, las historias y los contextos de la cultura de los pueblos. Al mismo tiempo, las empoderan para que se vean como sujetos de derechos, en el pleno ejercicio de la ciudadanía activa.

En ese debate, una cuestión parece fundamental para guiarlo: ¿Qué explica el descompás entre las normativas jurídicas de garantía de los derechos y el no cumplimiento de estos?

---

<sup>3</sup> Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 16.

<sup>4</sup> Benevides, Maria Victoria. *Educação em Direitos Humanos: de que se trata?* [Palestra de abertura do Seminário de Educação em Direitos Humanos]. São Paulo: FE-USP, 2000.

¿Cómo el currículo puede contribuir al fortalecimiento y ampliación de los derechos relacionados con los/as jóvenes y adultos/as?

## **2. Los Derechos Humanos en Brasil. Un poco sobre la historia y la relación con la educación**

La historia de Brasil nos muestra que nunca se han pensado y proyectado los derechos para todas las personas de la sociedad, sino que se han restringido a pequeños colectivos de la sociedad - personas de alto nivel socioeconómico -, que acaparaban y todavía acaparan el poder de definición de las políticas públicas y los proyectos de gobierno en nuestro país.

Esa historia tiene sus raíces en la cultura de la sociedad esclavista, patrimonialista y colonialista en el que para la mayoría de la población de bajo nivel socioeconómico los derechos fueron construidos y vistos como concesiones o dádivas. Según esa lógica, las personas no están vistas como sujetos iguales en derechos, sino “diferentes” en la jerarquía económica, social, racial, entre otras y, por lo tanto, en su condición de humanos. De esa forma, no se pueden asegurar los derechos equitativamente a todas las personas. Eso demarca los diferentes niveles sociales - los ciudadanos y las ciudadanas de “primera categoría” con derechos asegurados y los ciudadanos y ciudadanas de “segunda categoría” a los que se les conceden los derechos.

En ese contexto, el debate sobre los derechos humanos en Brasil y en América Latina, históricamente, es muy reciente. Prácticamente, surge de forma más amplia, por más paradójico que parezca, en el período de la dictadura civil y militar, de 1964 a 1985, con una participación de los movimientos sociales organizados, que empezaron a luchar por sus derechos, inicialmente en defensa de los derechos civiles, y ampliados gradualmente, amparados bajo el marco legal, a los derechos sociales, culturales, étnicos y ambientales.

Los derechos civiles son los relacionados con las libertades individuales, libertad de ir y venir, libertad de prensa, de pensamiento y de creencia. Incluye el derecho a la propiedad y el derecho a la justicia. Los derechos políticos son los que se refieren a la participación de los individuos en el ejercicio del poder público, como miembros de organizaciones, como pueden ser los partidos políticos, sindicatos y asociaciones. Y los derechos sociales tienen que ver con las condiciones del bienestar de

la persona, es decir, al derecho a la salud, educación, vivienda, ocio, seguridad y a un ambiente sostenible.

Ese proceso va consolidándose, en el campo normativo y con directrices que rigen las políticas públicas, debido al reconocimiento por parte de la sociedad de la importancia de esas políticas para la aplicación de los derechos de todos los sujetos, sin ningún tipo de discriminación, respetando la diversidad de opinión, valores, costumbres y culturas.

Es importante señalar que, con el objetivo de garantizar esos derechos, Brasil asume el papel de protagonista, en comparación con el conjunto de países de América Latina, por ser uno de los países que más ha avanzado en esta construcción. Ha elaborado los Programas Nacionales de Derechos Humanos, I, II y II<sup>5</sup>; El Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos - EDH. En 2012, el Consejo Nacional de Educación elabora las Directrices Nacionales para la Educación en Derechos Humanos, con el objetivo de orientar la construcción de Planes, Programas y Proyectos de EDH, a ser desarrollados en los niveles de enseñanza, áreas de conocimiento y en la formación de todos los profesionales.

Además de esos documentos, se han elaborado otros documentos en los diversos campos, destacados en este trabajo, como las Directrices Curriculares Nacionales para la Educación de Jóvenes y Adultos, a través del Parecer n° 11/2000<sup>6</sup>; las Directrices Curriculares Nacionales para la Formación Inicial y Continuada de los Profesionales del Magisterio de la Educación Básica<sup>7</sup>. Este último documento deja claro que se deben incorporar los contenidos de los derechos humanos a la formación de los profesionales y de las profesionales de la educación básica.

Así, según el Plan Nacional de Educación / PNEDH, se entiende la Educación en Derechos Humanos con:

[...] un proceso sistemático y multidimensional que orienta la formación del sujeto de derecho, articulando las dimensiones de aprensión de conocimientos históricamente construidos sobre derechos humanos; la afirmación de valores, actitudes y prácticas sociales que expresen la cultura de los derechos humanos; la formación de una

---

<sup>5</sup>Brasil. *Programa Nacional de Direitos Humanos I*. Brasília: 2002; Brasil. *Programa Nacional de Direitos Humanos II*. Brasília: 2006 y Brasil. *Programa Nacional de Direitos Humanos III*. Brasília: 2010.

<sup>6</sup> Brasil. *Parecer MEC/CNE/CEB n° 11/2000*. Dispõe sobre as Diretrizes Curriculares Nacionais Educação de Jovens e Adultos. Brasília: 2000.

<sup>7</sup> Brasil. *Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação de Jovens e Adultos*. Brasília: MEC/CNE/CEB n.1, 2000.

consciencia ciudadana capaz de hacerse presente en los niveles cognitivos, sociales, éticos y políticos; el desarrollo de procesos metodológicos participativos y de construcción colectiva; el fortalecimiento de prácticas individuales y sociales generadoras de acciones e instrumentos a favor de la promoción, de la protección y de la defensa de los derechos humanos, así como de la recomposición de sus violaciones<sup>8</sup>

Es importante subrayar que la educación está vista como un derecho fundamental y nunca más como algo dado y/o donado por el poder, a través de sus dirigentes. Se entiende no solo como dominio de conocimientos, en el campo cognitivo, sino incorpora el desarrollo de valores, de forma que contribuya a cambios de comportamientos y actitudes en defensa de los derechos de todas las personas. Por lo tanto, una educación con vistas a fomentar la solidaridad entre los pueblos y naciones, que va más allá del límite local, geográficamente hablando, asumiendo la amplitud de una ciudadanía global, en su multidimensionalidad. Y para eso, ¿Cuál es la aportación del currículo en la efectucción de una EDH?

### **3. El currículo y sus aportaciones para una educación en derechos humanos**

Asumir una educación como base en esos fundamentos y que atienda a las necesidades e intereses de los/as jóvenes y adultos/as implica repensar la institución educativa, el currículo escolar y sus prácticas, de forma integrada al proyecto en esa dirección.

El contexto actual anuncia y lucha por una educación dirigida hacia la humanización, la defensa y ampliación de los derechos humanos, así como el fortalecimiento de los valores democráticos.

Estamos de acuerdo con Tavares al afirmar que “la Educación en Derechos Humanos (EDH) es, en la actualidad, uno de los más importantes instrumentos dentro de las formas de combate a las violaciones de derechos humanos, ya que se educa en la tolerancia, en la valorización de la dignidad y en los principios democráticos”<sup>9</sup>. A partir de esa acepción multidimensional de la EDH, necesitamos revisar los currículos y la formación de los educadores y las educadoras como instrumentos estructuradores de los proyectos pedagógicos.

---

<sup>8</sup> Brasil. *Programa Nacional de Direitos Humanos II...*, p. 25.

<sup>9</sup> Tavares, Celma. "Educar em Direitos Humanos, o Desafio da Formação dos Educadores numa Perspectiva Interdisciplinar". En Silveira, Maria Godoy *et al.* (coords.). *Educação em Direitos Humanos: Fundamentos Teórico-Metodológicos*. João Pessoa: Editora Universitária, 2007, p. 487.

En la comprensión de Candau<sup>10</sup> lo importante es tener claro lo que se pretende alcanzar y, construir estrategias curriculares, pedagógicas, coherentes con la visión que asumimos, privilegiando la participación de los individuos implicados en el proceso, subrayando a los protagonistas de los proyectos pedagógicos - el profesor y la profesora, los/as jóvenes y adultos/as; pensar el currículo en todas sus dimensiones, es decir, para hacer justicia curricular “es fundamental el análisis del currículo que se elabora, puesto en acción, evaluado e investigado, teniendo en cuenta el grado en que todo aquello que se decide y se hace en el aula respeta y atiende a las necesidades y urgencias de todos los grupos sociales”<sup>11</sup>. Y, todavía, es concebir el currículo, conforme orientan las Directrices para la Formación de profesores, como:

El conjunto de valores propicios a la producción y a la socialización de significados en el espacio social y que contribuye a la construcción de la identidad sociocultural del alumno, de los derechos y deberes del ciudadano, del respeto al bien común y a la democracia, a las prácticas educativas formales y no formales y a la orientación hacia el trabajo<sup>12</sup>.

El currículo, como instrumento potente de construcción de las identidades individuales y sociales en la educación en derechos humanos, debe primar la formación integral de los sujetos de derechos. Articular conocimientos históricamente construidos sobre derechos humanos, afirmación de valores, actitudes y prácticas sociales que expresen la cultura de los derechos humanos y la formación de una conciencia ciudadana. Y, todavía, el desarrollo de procesos metodológicos participativos, de construcción colectiva y fortalecimiento de prácticas individuales y sociales que generen acciones e instrumentos a favor de la promoción, de la protección y de la defensa de los derechos humanos, así como superar las diferentes formas de violación de derechos<sup>13</sup>.

Así, para la articulación teoría y práctica en EDH, destinada a atender a los/as jóvenes y adultos/as es fundamental pensar en saberes docentes sobre derechos

---

<sup>10</sup> Candau, Vera Maria. "Educação e Direitos Humanos, Currículo e Estratégias Pedagógicas" En Zenaide, M. N. T. *et al. Direitos Humanos: capacitação de educadores*. João Pessoa, PB: Editora Universitária/UFPB, 2008.

<sup>11</sup> Torres Santomé, Jurjo. *Currículo escolar e justiça social: o cavalo de Tróia da educação*. Porto Alegre: Penso, 2013, p. 9.

<sup>12</sup> Brasil. MEC/CNE. *Diretrizes Curriculares Nacionais para a Formação Inicial e Continuada dos Profissionais do Magistério da Educação Básica*. Brasília: 2015.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

humanos<sup>14</sup>, entendidos como un conjunto de saberes específicos, necesarios a la práctica del/de la educador/a, con vistas a atender a los estudiantes y a las estudiantes de educación de jóvenes y adultos y adultas. Esos saberes, a su vez, están relacionados a otros tres saberes: el saber curricular (flexibilidad del currículo para adecuarse a los contenidos de derechos humanos), el saber pedagógico (estrategias y recursos utilizados para articular contenidos curriculares a la transversalidad de los derechos humanos) y el saber de la experiencia (la vivencia de esos derechos y la coherencia con su promoción y defensa son esenciales).

En esta perspectiva, no se puede concebir docentes gestores de programas ni técnicos y técnicas responsables por la concretización de los planes. “Los profesores y profesoras son profesionales y ciudadanos, movilizados de procesos personales y grupales de naturaleza cultural y social. Solamente en esta óptica podrán ser promotores de una educación en derechos humanos”<sup>15</sup>. Para movilizar los procesos sociales el docente y la docente deben tener claro cuál es su responsabilidad como intelectual, es decir, debe “asumir responsabilidad por el levantamiento de cuestiones sobre lo que enseña, cómo debe enseñar, y cuáles son las metas más amplias por las que están luchando”<sup>16</sup>. De ahí la necesidad y urgencia de elaborar un currículo dirigido a la educación de jóvenes y adultos y adultas, con enfoque en educación en derechos humanos, que considere las diversidades y las desigualdades de los individuos de la EJA, pues según Gadotti:

La Educación de Adultos es el espacio de la diversidad y de múltiples vivencias, de relaciones intergeneracionales, de diálogo entre saberes y culturas. Al lado de la diversidad está también la desigualdad que afecta a todos, sobre todo en un país injusto como el nuestro: negros, blancos, indígenas, amarillos, mestizos, hombres, mujeres, jóvenes, adultos, mayores, quilombolas, ribereños, pescadores, agricultores, pantaneros, campesinos, sin tierra, sin techo, sin empleo (...) de las periferias urbanas y de los campos. La diversidad puede ser considerada como una gran riqueza, pero la desigualdad social y económica es nuestra mayor pobreza. El mapa del analfabetismo es el mismo mapa de la pobreza, donde falta todo, no solo el acceso a la educación. Por eso, la lucha por el derecho a la educación no está separada de la lucha por los

---

<sup>14</sup> Morgado, Patrícia. *Práticas Pedagógicas e Saberes Docentes na Educação em Direitos Humanos* [en línea]. Rio de Janeiro: 2001, p. 1-16. <<http://www.anped.org.br/25/patriciaimamorgadot04.rtf>> [10 febrero 2016].

<sup>15</sup> Tavares, Celma. "Educar em Direitos Humanos...", p. 489.

<sup>16</sup> Giroux, Henry. *Os professores como intelectuais: rumo a uma pedagogia crítica da aprendizagem*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 161.

demás derechos. Y no basta ofrecer un programa de Educación de Adultos. Es necesario ofrecer condiciones de aprendizaje, transporte, lugares adecuados, materiales apropiados, mucha convivencia y también becas de estudio<sup>17</sup>.

Así, es necesario pensar que la lucha por el derecho a la educación está ligada a la lucha por los demás derechos, una vez que son derechos interdependientes e intercomplementarios. La conquista de un derecho está relacionada con la materialización del conjunto de los derechos. De este modo, entendemos que no es posible tratar del derecho a la educación sin tener en cuenta las diversas violaciones de derechos.

El conocimiento/reconocimiento de los derechos humanos es una tarea que agrega a la ética y el compromiso político de los educadores y de las educadoras a las prácticas educativas de la EJA.

Entendiendo la educación en derechos humanos como posibilidad de formación crítica, problematizadora y de autonomía intelectual de los sujetos, las prácticas educativas deben contribuir hacia ese objetivo, principalmente cuando el foco es el joven y la joven y adulto/a, trabajadores/as que en su trayectoria de vida acumulan historias de violaciones de derechos, discriminaciones y prejuicios. Esas historias deben formar parte del currículo vivido, y dan significado y sentido para el hacer pedagógico.

A partir de entonces, llevar la realidad a el interior de la escuela no solo en el campo personal sino también en lo colectivo, que problematice las cuestiones de violaciones en el contrapunto al derecho, buscando explicarlas de forma argumentativa, que contribuya a instrumentalizar los/las jóvenes y adultos/as a comprender, actuar y transformar esa realidad.

Bajo el pensamiento de Paulo Freire<sup>18</sup> está ir más allá de la educación bancaria como práctica pedagógica pasiva, sin cuestionamientos, como acúmulo de informaciones sobrepuestas, a-crítica, hacia la educación problematizadora, cuyo foco es la reflexión-acción-reflexión. La educación problematizadora procura identificar las causas y justificativas de las violaciones. Así, entendemos que solamente cuando el individuo comprende e incorpora los sentidos y significados de los conocimientos, informaciones y de las prácticas sociales, es capaz de reaccionar para cambiar. Pero

---

<sup>17</sup> Gadotti, Moacir. "Educação de adultos como direito humano". *Revista EJA em Debate*, 2013, v.2, p.25.

<sup>18</sup> Freire, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

esos son aprendizajes que podemos o no adquirir a partir de los contextos en los que estamos envueltos y que en ellos podemos intervenir.

La apuesta de Freire es por entender a los seres humanos como sujetos dinámicos, forjados en las relaciones, capaces de intervenir y modificar la sociedad en que viven. Y cuando tratamos de una educación para jóvenes y adultos/as comprendemos que el trabajo pedagógico debe ser en esa dirección.

Meintjes concordando con el pensamiento de Freire, subraya que la educación para el pleno ejercicio de la ciudadanía debe ir más allá del dominio del conocimiento cognitivo (...), o sea,

debe reconocer que los seres humanos no solo son capaces de conocer la realidad, sino también tienen capacidad de reflexión crítica y de acción. Así mismo, la educación que busca desarrollar esa capacidad debe permitir que los estudiantes analicen la estructura subyacente a una acción o a una experiencia, revelen y aprendan sus relaciones, causas y descubran los motivos o intereses ocultos que ella implica...<sup>19</sup>

Por tanto, pensamos en los estudiantes como sujetos constructores de proyectos de sociedad. Aprenderlos como sujetos socioculturales, que están en constantes relaciones de aprendizaje. En este caso, la institución escolar tiene un deber fundamental de ser un espacio donde la formación de la ciudadanía sea un eje orientador de las acciones. Así, “la escuela necesita articular todos sus campos de actuación de modo a contribuir la formación de sujetos de derechos, que gozan de autonomía y que sean sujetos de su historia”<sup>20</sup>.

Y todavía esas autoras afirman que “la busca por la autonomía de los estudiantes responde a la necesidad de formar personas comprometidas socialmente, con participación en actividades que extrapolan sus intereses individuales y familiares”<sup>21</sup>.

Esos aprendizajes son llevados a cabo en todos los espacios sociales, pero es en el espacio escolar donde encuentran las mayores posibilidades, una vez que trabaja con los conocimientos que están relacionados a los valores, definiciones y elecciones, pues esos son elementos importantes para una educación dirigida a la formación de la ciudadanía.

---

<sup>19</sup> Meintjes, Garth. "Educação em direitos humanos para o pleno exercício da cidadania: repercussões na Pedagogia". En Andreopoulos, George J. *et al.* (coords.). *Educação em direitos humanos para o século XXI*. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, Núcleo de Estudos da Violência, 2007, p. 132.

<sup>20</sup> Silva, Aida y Tavares, Celma. *A formação cidadã no ensino médio*. São Paulo: Cortez, 2012, p. 97.

<sup>21</sup> *Ibidem*

#### 4. Consideraciones finales

Como hemos visto, Brasil está bastante consolidado en términos de documentos normativos y orientaciones curriculares en el campo de conocimiento de la educación en derechos humanos. Sin embargo, el gran desafío es hacer efectivas las políticas públicas, de forma sustantiva, en el sentido de asegurar la educación con calidad, a partir del inicio de la educación básica, en que se incluían todas las personas en la edad prevista, evitándose la vuelta de personas a la etapa inicial de la alfabetización, incluso por falta de garantía de la continuidad en la oferta de los estudios en la educación básica.

Y compartimos con Capucho, 2012 al comprender que los

Jóvenes y adultos/as, mayores necesitan ser reconocidos como individuos de derecho, pues en virtud de las situaciones de desigualdad presentes en la sociedad brasileña, la ausencia del Estado en la garantía de los derechos, les ha sido negados el derecho a la educación en el pasado, y se les dificulta en el presente<sup>22</sup>.

Sabemos que ningún derecho está dado, sino conquistado en los procesos históricos de luchas, con avances y retrocesos. La materialización de los derechos para todas las personas solo es posible a través de las políticas públicas. Romper con el analfabetismo es requisito para la efectivación de una ciudadanía activa y de una sociedad democrática.

#### Referencias Bibliográficas

- Benevides, Maria Victoria. *Educação em Direitos Humanos: de que se trata?* [Palestra de abertura do Seminário de Educação em Direitos Humanos]. São Paulo: FE-USP, 2000.
- Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: 1988.
- *Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009*. Brasília: 2009.
- *Programa Nacional de Direitos Humanos I*. Brasília: 2002.
- *Programa Nacional de Direitos Humanos II*. Brasília: 2006.
- *Programa Nacional de Direitos Humanos III*. Brasília: 2010.

---

<sup>22</sup> Capucho, Vera. *Educação de Jovens e Adultos: prática pedagógica e fortalecimento da cidadania*. São Paulo: Cortez, 2012, p. 23.

- *Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação de Jovens e Adultos*. Brasília: MEC/CNE/CEB n.1, 2000.
- *Parecer MEC/CNE/CEB nº 11/2000*. Dispõe sobre as Diretrizes Curriculares Nacionais Educação de Jovens e Adultos. Brasília: 2000.
- *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE*. Brasília: 2014.
- *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios-PNAD*. Brasília: 2011.
- MEC/CNE. *Diretrizes Curriculares Nacionais para a Formação Inicial e Continuada dos Profissionais do Magistério da Educação Básica*. Brasília: 2015.
- MEC/CNE. *Diretrizes Nacionais Para Educação em Direitos Humanos*. Brasília: 2012
- Candau, Vera Maria. "Educação e Direitos Humanos, Currículo e Estratégias Pedagógicas" En Zenaide, M. N. T. *et al. Direitos Humanos: capacitação de educadores*. João Pessoa, PB: Editora Universitária/UFPB, 2008.
- Capucho, Vera. *Educação de Jovens e Adultos: prática pedagógica e fortalecimento da cidadania*. São Paulo: Cortez, 2012.
- Freire, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- Gadotti, Moacir. "Educação de adultos como direito humano". *Revista EJA em Debate*, 2013, v.2, p.12.
- Giroux, Henry. *Os professores como intelectuais: rumo a uma pedagogia crítica da aprendizagem*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
- Meintjes, Garth. "Educação em direitos humanos para o pleno exercício da cidadania: repercussões na Pedagogia". En Andreopoulos, George J. *et al.* (coords.). *Educação em direitos humanos para o século XXI*. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, Núcleo de Estudos da Violência, 2007.
- Morgado, Patrícia. *Práticas Pedagógicas e Saberes Docentes na Educação em Direitos Humanos* [en línea]. Rio de Janeiro: 2001, p. 1-16. <<http://www.anped.org.br/25/patriciaimamorgadot04.rtf>> [10 febrero 2016].
- ONU. *Ranking das nações mais ou menos desenvolvidas*. 2013.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado*. São Paulo: Cortez, 2003.

Silva, Aida y Tavares, Celma. "A cidadania ativa e sua relação com a educação em direitos humanos". *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação*, v. 27, 2001, p. 13-24.

----- *A formação cidadã no ensino médio*. São Paulo: Cortez, 2012.

Tavares, Celma. "Educar em Direitos Humanos, o Desafio da Formação dos Educadores numa Perspectiva Interdisciplinar". En Silveira, Maria Godoy *et al.* (coords.). *Educação em Direitos Humanos: Fundamentos Teórico-Methodológicos*. João Pessoa: Editora Universitária, 2007. p. 487-503.

Torres Santomé, Jurjo. *Currículo escolar e justiça social: o cavalo de Tróia da educação*. Porto Alegre: Penso, 2013.



# **POLÍTICA PÚBLICA NA PERSPECTIVA DA INCLUSÃO SOCIAL DOS JOVENS**

## **PUBLIC POLICY IN THE PERSPECTIVE OF SOCIAL INCLUSION OF YOUTH**

Cristiane Maria Monteiro Silva

*Doutoranda em Educação pela universidade de Coimbra, Portugal*

**Resumo:** O objetivo deste artigo é analisar as Políticas Públicas para tratar de questões sobre a educação de Jovens e adultos no Brasil. Investigar essas questões partiu das minhas inquietações epistemológica na vivência profissional no Programa Projovem Urbano, nas secretárias de Educação Municipal e Estadual em Pernambuco, buscando compreender as explicações nos processos formativos desses sujeitos. Esse programa é uma parceria entre o Governo Federal e o Estado de Pernambuco, com o objetivo de aumentar a escolaridade e a inclusão social. É direcionado aos jovens e adultos, de 18 a 29 anos, que não concluíram o ensino fundamental, em que a maioria desse público apresenta nível sócio econômico baixo e histórico de evasão escolar. A partir da inserção no Projovem os mesmos têm a oportunidade de concluir, no período de 01 ano e 8 meses esse nível de ensino e a qualificação profissional.

Compreendendo que a educação de jovens e adultos na perspectiva da construção de sujeitos de direitos, para a sua inclusão social e a formação de uma cultura de defesa de direitos humanos, e a educação é uma das condições para o acesso aos outros direitos essa compreensão requer pensar o cidadão e suas relações na participação da sociedade.

Assim, o conhecimento da produção científica sobre esses sujeitos, as condições de aprendizagem, sociabilidade e a formação dos profissionais são condições fundamentais para compreender a prática pedagógica e as interferências nos campos: social, econômico, político e cultural.

Essa preocupação esta fundamentada na realidade brasileira que apresenta taxas de analfabetismo não coerentes com o seu desenvolvimento, com 9% (18 milhões) de analfabetos e 18% desse contingente encontra-se em Pernambuco ( Brasil – IBGE 2010).

Uma das finalidades do Projovem Urbano é contribuir para a inclusão social. E isto não se efetiva sem a valorização da diversidade e a promoção da igualdade. O professor atuante nessa modalidade precisa compreender a escola como um espaço de construção de projetos antagônicos, e se comprometer com a construção de uma sociedade na qual a igualdade e a tolerância não estejam a serviço da ordem, mas que promovam a ruptura com os mecanismos geradores de desigualdades, pois enquanto houver igualdade entre os desiguais não será possível passar da esfera da necessidade para a concretização de direitos.

**Palavras chave:** Políticas Públicas; Jovens; Inclusão Social; Programa Projovem Urbano; básico; analfabetismo.

**Abstract:** The goal of this work is to analyse the Public Policies to discuss on topics about the education of young and adult people in Brazil. Delving into these topics started from my epistemological unquietness in my everyday work at Projovem Urbano Programme, in the Education Bureaus, seeking to comprehend the explanations in the formative process of these subjects. This Programme was implemented through a partnership between the Federal Government and Pernambuco State, intending to raise the schooling and social inclusion. It aims Young and adult people, from 18 to 29 years old, who did not finish the high school, with most of this target audience having low socioeconomic level and school dropout background. Starting from their insertion on Projovem, the students have the opportunity to finish this educational stage and the

professional qualification in a one year and eight months run, comprising the education of Young and adult people in the perspective of the building of enlightened subjects, for their social inclusion, the making of a culture of defense of the human rights, and the education is one of the conditions to the access of other rights. This comprehension requires to think the citizen and its relations in the participation of the society. Thus, the knowledge of the scientific production on these subjects, the conditions of learning, sociability and the making of professional are fundamental conditions to comprehend the teaching practice and its interferences in the fields: social, economical, political, and cultural. This concern is substantiated in the Brazilian reality, which displays illiteracy rates that non-coherent with its growth, with 9% (18 million) of illiterates and 18% of this amount living in Pernambuco, IBGE/ 2010.

**Keywords:** Public policy; Education of Young and Adult People; Education; Human Rights.

Ninguém educa ninguém, ninguém se educa a si mesmo,  
os homens se educam entre si, mediatizados pelo mundo<sup>1</sup>

## 1. Introdução

Os jovens no Brasil durante muito tempo foram uma parcela da sociedade que não teve o reconhecimento da importância do seu papel na sociedade, no sentido da sua inclusão social, com destaque para educação. Isso é evidenciado quando até recentemente o Ensino Médio, que está inserido na Educação Básica não era obrigatório para todos os jovens nessa faixa de escolaridade. Assim, muitos jovens concluíam o Ensino Fundamental e não tinham garantida a continuidade dos seus estudos. Essa obrigatoriedade passa a ser exigida através da Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013, que altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº9.346 de 20 de dezembro de 1996, instituindo a obrigatoriedade da Educação Básica dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade. A Educação Básica passa, então, a englobar a Pré-Escola, o Ensino Fundamental e o Ensino Médio. Garante, ainda, o “acesso público e gratuito aos ensinos fundamental e médio para todos os que não os concluíram na idade própria”. O que merece destaque nessa Lei é a explicitação de que o acesso à Educação Básica é obrigatório e um direito público subjetivo, podendo ser exigido a sua aplicabilidade por qualquer cidadão de forma individual ou coletiva<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Freire, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 13.

<sup>2</sup> Brasil. *Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013*, que altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº9.346 de 20 de dezembro de 1996. Brasília, Ministério da Educação, 2013; Brasil. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº9.346 de 20 de dezembro de 1996*. Brasília, Ministério da Educação, 1996.

Segundo dados da PNDA DE 2009, a população de jovens no Brasil atinge a marca de 39.507.663 pessoas na faixa etária de 18 a 29 anos, das quais 9.294.905 (23,5%) não possuem instrução ou Ensino Fundamental completo. Os negros nessa condição somam 6.347.095(69,4%) e a população no campo chega a 2.777.983. O censo do IBGE 2010 apresenta pouca variação desses dados e aponta uma população total de 40.982.599, na faixa etária de 18 a 29 anos. O público-alvo do Projovem Urbano é constituído por esses jovens de 18 a 29 anos que não concluíram o ensino fundamental, o que demonstra uma violação direito à educação<sup>3</sup>.

Nesse contexto, uma das políticas recentes para atender aos jovens em situação de vulnerabilidade social é o Programa Projovem Urbano, que foi criado para investir em ações voltadas para o desenvolvimento integral do jovem brasileiro, e representa uma dupla aposta: criar condições necessárias para romper o ciclo de reprodução das desigualdades e restaurar a esperança da sociedade em relação ao futuro de sua juventude<sup>4</sup>.

Com essa perspectiva, o Governo Federal lançou a Política Nacional de Juventude<sup>5</sup> vinculada à Secretária Geral da Presidência da República, visando a Educação, Qualificação Profissional e Ação Comunitária – Projovem. A gestão do Programa coube à essa Secretária e a Secretária Nacional da Juventude, sendo compartilhado com o Ministério da Educação, o Ministério de Desenvolvimento Social e o Ministério Trabalho e Emprego. Dois anos depois o Programa tornou-se referência e os resultados motivaram a integração de outras ações voltadas para juventude que se desenvolviam nos Ministérios citados. Nasceu, assim, o Projovem Integrado, com quatro modalidades: Projovem Adolescente; Projovem do Campo; Projovem Trabalhador e o Projovem Urbano, este último resultante do Projovem original e que é o objeto desse estudo.

Em junho de 2005, a medida Provisória nº238/2005 que instituiu o Projovem foi convertida na Lei nº 11.129/2005, regulamentada pelo decreto nº5.557, de 05/10/2005, o qual definiu, em seu artigo 2º, a finalidade do Programa: “executar ações integradas que propiciem aos jovens brasileiros, na forma de curso previsto no art.81 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº9.394/96, a elevação da escolaridade dos jovens, visando à conclusão do Ensino Fundamental, à qualificação profissional, em

---

<sup>3</sup> Brasil. *Programa Nacional de Inclusão de Jovens*. Projovem Urbano, Brasília, Ministério da Educação, 2012.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> *Idem*.

nível de formação inicial, voltada a estimular a inserção produtiva cidadã, em nível de formação inicial ao desenvolvimento de ações comunitárias com práticas de solidariedade, exercício de cidadania e intervenção na realidade local”<sup>6</sup>.

Este Programa foi aprovado pela Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação (Parecer CNE/CEB/ nº 2/2005, de 16/03/2005 e Resolução CNE/CEB nº3/2006) como um curso experimental de acordo com o artigo nº81 da mesma Lei, com 12 meses de duração.

Assim, a escolha do tema na área de Educação de Jovens e Adultos e de forma mais específica, em um Programa de governo – o Projovem Urbano- para a investigação na pesquisa de Mestrado, nasceu da minha experiência de trabalho no referido Programa, durante 06 (seis), anos na Secretaria de Educação do Estado de Pernambuco, exercendo diferentes atividades, uma vez que esse Programa é coordenado pelo governo Federal em parceria com os Estados. Esse interesse tem a principal justificativa pelo fato deste Programa ser direcionado aos jovens na faixa etária de 18 a 29 anos que não concluíram o Ensino Fundamental, e que estão mais vulneráveis socialmente, e, assim, têm a oportunidade de concluir esse nível de ensino, no período de 1 ano e 8 meses com uma qualificação profissional, possibilitando-os mais oportunidade de inclusão social.

É com essa compreensão que a minha inquietação da pesquisa é analisar esse Programa e verificar como a identidade de jovem brasileiro é criada, buscando atingir os seguintes objetivos:

\*Verificar a reinserção dos jovens no processo de elevação da escolarização;

\*Identificar as oportunidades potenciais de trabalho e de capacitação dos jovens para o mundo de trabalho;

\*Verificar a participação dos jovens em ações coletivas de interesses públicos;

## **2. O que dizem os estudos**

Neste trabalho utilizamos como processo metodológico a análise de documentos e estudos realizados sobre a temática proposta, na relação com alguns autores que ajudam a entender o universo dos jovens em situação de vulnerabilidade social.

Assim, buscamos fazer a análise das informações, contidas no Manual do Educador: Orientações Gerais, Projovem Urbano<sup>7</sup>, sobre o ingresso e a permanência dos

---

<sup>6</sup> *Idem*, p. 13.

jovens no Programa, evidenciando um processo dinâmico com características que remetem para as especificidades do público-alvo e indicam a necessidade de se criarem estratégias que evitem o abandono e facilitem o retorno daqueles que desistiram temporariamente da escolarização. A questão da exclusão compreendida como desistência ou desmotivação dos jovens para continuar os estudos tem se constituído um dos grandes desafios para a definição das políticas públicas na educação.

Entre as estratégias eficazes para o sucesso e a permanência no curso, dos jovens atendidos pelo Programa, foi de fundamental importância a boa relação entre o educador e educando. A maioria dos jovens afirmou que sem o apoio e o incentivo dos professores não teria sido possível fazer outro curso.

Uma outra pesquisa com egressos do Programa, coordenada pela Universidade Federal da Bahia e realizada pelo grupo de trabalho do subsistema de avaliação do Projovem Urbano em 2011<sup>8</sup>, demonstra que a permanência dos jovens até a conclusão do curso se deve a diversos aspectos positivos, tais como: a metodologia de ensino, o material didático, a infraestrutura do Núcleo (escola), a oferta de Ensino Fundamental de forma simultânea à qualificação profissional, o incentivo e o apoio dos educadores e familiares, a oportunidade de concluir o Ensino Fundamental em 18 meses, a necessidade de adquirir novos conhecimentos e ainda o próprio esforço dos educandos.

Um dado interessante dessa pesquisa é que o auxílio financeiro não é apresentado como principal motivo para o ingresso no Programa, mas como um apoio necessário ao pagamento do transporte escolar para chegar à escola, o que facilita a permanência do aluno até o final do curso.

A conjugação da escolarização com a qualificação profissional que é oferecida nos últimos 4 meses do curso, e a participação cidadã tem feito do Projovem Urbano uma opção atrativa para os jovens.

Segundo a referida pesquisa, os jovens afirmam que ter participado do Programa trouxe transformações para suas vidas tanto no âmbito dos estudos como nas relações consigo mesmo e com os outros. Percebe-se impactos positivos nas vidas dos que concluíram o curso. Em primeiro lugar, foi a melhoria da auto-estima, seguida pelo seu crescimento pessoal e pela mudança da situação de trabalho e emprego. A

---

<sup>7</sup> Caiafa Salgado, Maria Umbelina (Org.). *Manual do Educador: Orientações gerais*. Brasil. Programa Nacional de Inclusão de Jovens. Projovem Urbano, Brasília, Ministério da Educação, 2012.

<sup>8</sup> Brasil. *Programa Nacional de Inclusão de Jovens*. Projovem Urbano, Brasília, Ministério da Educação, 2012.

consciência social e a relação com a comunidade também foram apontadas como mudanças experimentais vivenciadas pelos alunos.

Os egressos destacaram que a conclusão do Ensino Fundamental, com a construção efetiva dos conhecimentos correspondentes, proporcionou-lhes o sentimento de exercício da cidadania e de auto-valorização. Passaram a se sentirem melhores pais, mães, estudantes, donos de seus negócios, e cidadãos ativos em suas comunidades.

Além das noções relativas ao papel dos estudantes no processo de ensino aprendizagem, outro ponto essencial para situar contemporaneamente um currículo para jovens é clarificar o sentido da expressão “viver a juventude” nos dias de hoje. Para isso é necessário desvendar o mundo contemporâneo no qual os dilemas e as perspectivas da juventude estão inscritos num tempo que conjuga um acelerado processo de globalização e crescentes desigualdades sociais que geram exclusão. No Brasil, tal como pelo mundo afora, os jovens são os mais atingidos, tanto pelas transformações sociais, que tornam o mercado de trabalho excludente e mutante, quanto pelas distintas formas de violência física e simbólica, que caracterizam a sociedade do fim do século XX e persistem nesse início do século XXI.

Nessa direção é importante compreender melhor o sentido de “viver a juventude” nos dias de hoje. É necessário assumir uma perspectiva de geração, que consiste numa forma de perceber a juventude em suas relações com outros grupos sociais. Assim como a “perspectiva de gênero” não está restrita às mulheres, e diz respeito à equidade nas relações entre homens e mulheres, a “perspectiva de geração” necessariamente aponta novas relações inter e intrageracionais e requer diálogos inter e intrageracionais que produzam novas escutas e aprendizados mútuos<sup>9</sup>.

Por outro lado, é preciso escutar o diálogo intrageracional, que reconhece a diversidade e amplia as possibilidades de participação dos jovens. Os brasileiros nascidos há 18 anos, por exemplo, estão próximos entre si quanto à data de nascimento, mas podem estar socialmente afastados pela origem da classe; pelas relações, subordinadas entre cidade e campo; pelas disparidades regionais; pela geografia das grandes cidades que discrimina suas favelas e periferias; por muitos preconceitos e discriminações. Os jovens brasileiros precisam encontrar-se e ouvir-se mais.

Jovens de todas as classes e situações sociais estão submetidos às transformações recentes no mercado de trabalho em que o diploma não é mais garantia

---

<sup>9</sup> Brasil. *Programa Nacional de Inclusão de Jovens*. Projovem Urbano, Brasília, Ministério da Educação, 2012.

de inserção produtiva condizente com os diferentes níveis de escolaridade atingidos. Certamente, os jovens sabem que os certificados são imprescindíveis. Mas, sabem que as transformações econômicas e tecnológicas se refletem no mercado de trabalho, precarizando relações, provocando mutações, modificando especializações e sepultando carreiras profissionais.

De acordo com Vygotsky<sup>10</sup>, o desenvolvimento do indivíduo é resultado de um processo sócio-histórico. Sua teoria também é conhecida como sócio-interacionista, enfatizando o papel da aprendizagem, no qual o aluno aprende junto ao seu grupo social, ao passo que constrói os elementos integrantes do seu meio, tais como: valores, linguagem e até o próprio conhecimento.

Isso mostra a importância de desenvolver ações com os jovens que possibilitem um maior envolvimento nos seus processos de aprendizagens, como protagonistas dos seus conhecimentos, o que requer trabalhos no campo individual, mas principalmente de forma coletiva. O jovem nessa direção assume a posição de autor do processo de forma dinâmica e construtiva, e não apenas expectador, como Freire define de uma educação bancária, acumulativa e cujo movimento principal é o da memorização, e muitas vezes desvinculada da realidade sócio-histórica dos estudantes.

Para Paulo Freire<sup>11</sup> a prática pedagógica necessita estar vinculada aos aspectos históricos e sociais para facilitar a compreensão e elucidação das questões que realmente importam para os envolvidos no processo educativo. Para ele se não ocorre uma reflexão sobre si mesmo, sobre seu papel no mundo, não é possível ultrapassar os obstáculos que o próprio mundo impõe libertação ou à opressão. Ou seja, isso significa ultrapassar a posição passiva para agente de transformação que a educação deve promover.

Outro aspecto importante que Freire chama a atenção é a escolha de temas que envolvam aspectos reais do cotidiano dos alunos como fundamental para o sucesso do ensino-aprendizagem, uma vez que não se limita exclusivamente ao processo de letramento. A educação tem caráter permanente. “Não há seres educados e não educados. Estamos nos educando. Existem graus de educação, mas estes não são

---

<sup>10</sup> Vygotsky, Lev Semenovich. *Pensamento e Linguagem*. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

<sup>11</sup> Freire, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

absolutos”<sup>12</sup>. São portanto, processos de construções permanentes mas que exigem uma participação direta do professor e o estudante.

Nessa perspectiva, as políticas curriculares são concebidas como discurso, assumindo como categoria teórica que permitem investigar os mecanismos pelos quais os sentidos são produzidos, e como conferem orientação aos fenômenos sociais. Não há uma orientação predeterminada, mas o que se produz se transforma na própria dinâmica discursiva. E os currículos são materializados nas práticas escolares, em articulação com o mundo exterior em que estão inseridos os agentes da ação educativa.

Para Laclau, discurso não fala, mas é campo de práticas. Uma “unidade complexa de palavras e ações de elementos explícitos e implícitos, de estratégias conscientes e inconscientes. É a parte inseparável da ontologia dos objetos”<sup>13</sup>.

É neste contexto que a proposta curricular do Projovem Urbano tem como princípio fundamental a já afirmada integração entre Formação Básica, Qualificação Profissional e Participação Cidadã, tendo em vista a promoção da equidade e, assim, considerando as especificidades de seu público: a condição juvenil e a imperativa necessidade de superar a situação de exclusão em que se encontram esses jovens no que se refere aos direitos à educação, ao trabalho e à cidadania. Entende-se ainda que o acesso a esses direitos, assim como a outros direitos universais, só serão plenos quando a sociedade reconhecê-los e, particularmente, quando os segmentos deles privados assumirem-se como cidadãos ativos, conscientes do seu direito a ter direitos, e da necessidade de lutar por eles.

Laclau e Mouffe entendem que a articulação das demandas acontece em função de um exterior constitutivo, um elemento que é expulso da cadeia de equivalência e possibilita que demandas diferenciadas possam abrir mãos de seus conteúdos particulares. É o exterior constitutivo, o inimigo comum, que torna possível os processos de identificação em uma cadeia de equivalência. Ele expressa os traços da exclusão que tornam possível a diferenciação entre formações discursivas diferentes<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Freire, Paulo. *Conscientização – teoria e prática da libertação*. São Paulo: Moraes, 1980, p. 28.

<sup>13</sup> Laclau, Ernesto. “Universalismo, particularismo e a questão da identidade”. In: Mendes, Cândido (Coord.). *Pluralismo cultural, identidade e globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 229.

<sup>14</sup> <https://www.scielo.br> [05-01-2015].

No entanto, Laclau e Mouffe<sup>15</sup> alertam que um momento sempre guarda referência ao elemento que o originou, por isso iguale aos outros. Daí afirmarem que o consenso hegemônico é sempre provisório e marcado pela precariedade que impede que, em uma cadeia de equivalência, se iguale aos outros.

É nessa direção que o Programa frente à globalização dos mercados, redesenha-se o mundo do trabalho. Constrói-se uma nova cultura de formação que deve permitir ao jovem tanto se adequar às demandas do mercado de trabalho quanto buscar formas de empreendedorismo individual cooperativo e associativo.

Isso apresenta o desafio de oferecer respostas diferenciadas para possibilitar distintos modos de acesso à escola e de continuidade na formação escolar. Muitos desses jovens participam de movimentos sociais, fazendo parte do movimento estudantil, ONGs, de projetos sociais de fundações empresariais, das pastorais católica e evangélica, das organizações de empreendedorismo, das chamadas “minorias” de gênero, raça, orientação sexual, de grupos de jovens com deficiência, de redes regionais e movimentos culturais, demarcando fronteiras simbólicas para construir suas identidades, retratando assim o interior da sua própria juventude.

É nesse sentido, que os Projetos e Programas Educativos para terem significados e motivação para os jovens necessitam tratar os conteúdos e as metodologias de forma interativa e integradora que os jovens possam se sentir partícipes dos processos educativos.

### 3. Conclusão

Não há como negar que uma parcela dos jovens está hoje bastante desestimulada. É muito difícil vencer o “realismo” advindo das experiências vivenciadas de dificuldades desses jovens. Um jovem que parou de estudar e não consegue estabelecer vínculos estáveis no mundo do trabalho não é uma folha de papel em branco. Observa e conhece o mundo, a atual dinâmica do mercado de trabalho mutante e restrito. Muitas vezes tornou-se refratário a iniciativas do poder público.

Muitos partilham de desconfianças, em relações a programas de ações governamentais, conhecidos pelos grandes hiatos entre o que é prometido e o que é realizado. Por esses e outros motivos – como as dificuldades de acesso às informações e o medo de deixar precárias fontes de rendas (lícitas ou ilícitas), muitas vezes não há

---

<sup>15</sup> Laclau, Ernesto; Mouffe, Chantal. *Hegemonía y estrategia socialista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.

também uma resistência emocional do jovem, em se envolver com uma segunda chance de formação escolar.

É dentro dessa perspectiva de resgate do jovem brasileiro ao âmbito da vida escolar que o programa Projovem Urbano surgiu desde 2009, como uma quebra de paradigmas, para dar oportunidade a esses Jovens, marginalizados pela sociedade, em que se encontravam excluídos da escola, e através deste Programa, tiveram oportunidade, para buscar melhorias para suas vidas e conclusão dos seus estudos.

Reconhecer e valorizar as culturas dos jovens não significa, por exemplo, aceitar que não sejam bons leitores, que não saibam usar computador, a internet e outras dessas tecnologias usuais na vida cotidiana dos tempos atuais.

E preciso que a educação faça sua parte, embora não se possa esperar que ela cumpra sozinha uma missão que é de toda sociedade. A educação é também um ato coletivo e nunca se dá isoladamente.

Pensar na Juventude é uma forma de erradicar anseios, vencer desigualdades e promover discursos que promovam sentimentos de liberdade, de ação e de busca da sua própria identidade.

### **Referências Bibliográficas**

- Brasil. *Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013*, que altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº9.346 de 20 de dezembro de 1996. Brasília, Ministério da Educação, 2013.
- *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº9.346 de 20 de dezembro de 1996*. Brasília, Ministério da Educação, 1996.
- *Lei nº 11.129/2005*, regulamentada pelo Decreto nº 5.557, de 05/10/2005. Brasília, 2005
- *Parecer CNE/CEB/ nº 2/2005*, de 16/03/2005. Brasília, Ministério da Educação, 2005.
- *Resolução CNE/CEB nº3/2006*. Brasília, Ministério da Educação, 2006.
- *Programa Nacional de Inclusão de Jovens*. Projovem Urbano, Brasília, Ministério da Educação, 2012.
- Caiafa Salgado, Maria Umbelina (Org.). *Manual do Educador: Orientações gerais*. Brasil. Programa Nacional de Inclusão de Jovens. Projovem Urbano, Brasília, Ministério da Educação, 2012.
- Freire, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

- \_\_\_\_\_. *Conscientização – teoria e prática da libertação*. São Paulo: Moraes, 1980.
- Laclau, Ernesto. “Universalismo, particularismo e a questão da identidade”. In: Mendes, Cândido (Coord.). *Pluralismo cultural, identidade e globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 229-250.
- Laclau, Ernesto; Mouffe, Chantal. *Hegemonía y estrategia socialista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Vygotsky, Lev Semenovich. *Pensamento e Linguagem*. São Paulo: Martins Fontes, 1988.



**EDUCAÇÃO, DIREITOS HUMANOS, VULNERABILIDADE SOCIAL  
E ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI**

**EDUCATION, HUMAN RIGHTS, SOCIAL VULNERABILITY  
AND ADOLESCENTS IN CONFLICT WITH LAW**

Márcia Regina Mocelin\*  
*UTP – USAL / UNINTER*  
Naura Syria Carapeto Ferreira\*\*  
*UFPR / UTP*

**Resumo:** Este trabalho tem como tema a educação em direitos humanos para adolescentes em conflito com a lei, pois os direitos humanos permeiam todos os campos da educação e todas as legislações específicas. Justifica-se esse estudo, pois fazem-se importantes as políticas públicas realmente comprometidas com uma educação voltada para a qualidade em todas as etapas da educação básica a fim de solidificar a formação necessária ao exercício da cidadania. O objetivo principal desta investigação foi o de compreender como a liberdade, um dos principais direitos humanos, se dá num espaço de privação de liberdade (socioeducação) para adolescentes em conflito com a lei valendo-se do método dialético que privilegia o real como mote das reflexões, decisões e ações. Foi realizada através da pesquisa bibliográfica e documental como fontes inesgotáveis do produzido a respeito. Os aportes teóricos utilizados foram Marx, Gramsci, Ferreira, Dallari, Cury, Monteiro, bem como as legislações pertinentes. Alguns resultados nos levam a compreender como dentro do espaço socioeducativo (Cense), levando em consideração a vulnerabilidade social, a educação formal acontece na escola. Eis o grande desafio da socioeducação: fazer com que os direitos sejam respeitados em um espaço onde o adolescente ora em conflito com a lei, não tem direito a liberdade.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos, Adolescente em Conflito com a Lei, Educação, Vulnerabilidade Social, Políticas Públicas.

**Abstract:** This work focuses on human rights education for adolescents in conflict with the law, since human rights permeate all fields of education and all specific legislation. This study is justified because public policies that are truly committed to quality-oriented education at all stages of basic education are important, in order to solidify the training necessary for the exercise of citizenship. The main objective of this research was to understand how freedom, one of the main human rights, occurs in a space of deprivation of liberty (socioeducation) for adolescents in conflict with the law using the dialectic method that privileges the real as a motto reflections, decisions and actions. It was done through bibliographical and documentary research as inexhaustible sources of the produced about it. The theoretical contributions used were Marx, Gramsci, Ferreira, Dallari, Cury, Monteiro, as well as the pertinent legislations. Some results lead us to understand how within the socio-educational space (Cense), taking into account social vulnerability, formal education happens in school. This is the great challenge of socio-education: to make rights respected in a space where the teenager is in conflict with the law; does not have the right to freedom.

**Key words:** Human Rights, Adolescent in Conflict with the Law, Education, Social vulnerability, Public policy.

---

\* marcia.m@uninter.com

\*\* naura@uol.com.br

## 1. Introdução

A educação, como direito social fundamental, necessita ser desenvolvida com qualidade em todos os âmbitos societários, com responsabilidade e compromisso. É premissa, a importância da formação humana na sua integralidade, prioritariamente na escola, mas também em todos os espaços possíveis. É condição *sine qua non* com todos os recursos e disponibilidades que a ciência e a cultura produzem para a qualidade da vida humana, sem tratamentos discricionários – muitas vezes sutis e “maquiados” – que imobilizam e desumanizam, desqualificam e produzem a “morte humana na vida”.

Os direitos humanos existem a partir da necessidade de garantir a todas as pessoas os direitos inalienáveis à sua condição humana e são exarados em diversas instâncias nacionais e internacionais, por princípio. Em consequência, os direitos humanos, permeiam todos os campos da educação e todas as legislações específicas.

Essa prática de investigação científica e aprofundamento teórico nos dão elementos fundamentais para que se possam compreender as relações humanas estabelecidas pela sociedade em que se vive. A metodologia propõe, conseqüentemente, a superação, por incorporação, dos problemas na tentativa da formação de um cidadão crítico e transformador. O método dialético pressupõe o mundo em desenvolvimento e em movimento ininterrupto que analisa as contradições históricas do real determinando a razão de investigação do objeto.

Fazer parte de um grupo ou sociedade significa que esse grupo ou sociedade se submeterá a normas de vida constituídas e ratificadas nas leis e normas de convivência social e de acesso aos bens culturais. Esse processo de socialização e de normas e regras que vão sendo internalizadas proporcionam ao grupo/sociedade a prática de seus direitos fundamentais e quando essa prática não se concretiza, é em busca deles que se caminha para poder constituir a cidadania na íntegra.

Ao refletir-se sobre o tema Educação e Direitos Humanos e Direito à Educação, constata-se que esta, enquanto direito inalienável de todo o ser humano, implicitamente acompanha aquele desde quando concebidos, pois faz parte da constituição humana o direito a todas as possibilidades que lhe são inerentes. Porque essa convicção?

Compreende-se o ser humano como “conjunto das relações sociais”, como sujeito histórico, cuja atividade é criar, por seus atos, a história, criando, conseqüentemente, a história da humanidade. Isso importa em tomar como ponto de partida os indivíduos reais, concretos, que produzem dentro da sociedade em condições

concretas, com direito de poder fruir de suas produções, de toda a produção da cultura. Somente dessa forma, compreende-se a constituição humana, que através da educação – como direito social – se hominiza como ser liberto, orgânico, emancipado, lúcido, no sentido de sua formação e integral realização humana, enquanto humaniza a sociedade. Todavia, não se consegue viabilizar tal compreensão e intento apenas pela via da instrumentalização do conhecimento científico, na aceitação generalizada da “formação para a cidadania” numa sociedade minada pela ideologia hegemônica do individualismo, competitividade, consumismo e consequente coisificação humana, que se infiltra de forma qualitativamente vigorosa, através do requinte das diversas formas de consciência social, permitindo reeditar, sob novas práticas, velhas concepções discricionárias, exclusivas e excludentes.

Com Marx<sup>1</sup>, aprendemos que “não é a consciência que determina a realidade, mas a realidade que determina a consciência”. Essa compreensão está alicerçada na defesa incontestada dos direitos humanos para todas as pessoas, sem discriminação de qualquer ordem, sendo-lhe conferidos exatamente por sua condição humana, como ser histórico, partícipe de uma determinada sociedade.

Tal defesa se firma, igualmente, na compreensão de que a sociedade, assim como o ser humano, é sempre e só uma unidade histórica, que se desenvolve mediante a contínua superação em uma unidade dialética. Disso resulta uma reconstrução coletiva e contínua dos direitos humanos como fundamento do respeito e da dignidade humana.

## **2. Sujeito de direitos com todos os direitos**

A expressão “direitos humanos” é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver ou participar plenamente da vida. Todos os seres humanos devem ter assegurados, desde o nascimento, as condições mínimas necessárias para se tornarem úteis à sociedade, como também devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar. Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa e os meios que a pessoa pode valer-se como resultado da organização social. [...] Para

---

<sup>1</sup> Marx, Karl. *Manuscritos Económico-filosófico de 1844*. Bogotá: Pluma, 1980, p.49.

entendermos com facilidade o que significam direitos humanos, basta dizer que tais direitos correspondem a necessidades essenciais da pessoa humana<sup>2</sup>.

A citação de Dallari explicita, de forma simples, objetiva e precisa o real significado do termo “direitos humanos”, aqui tratado. Trata-se de compreender que todos nascem com iguais direitos fundamentais, independentemente de qualquer característica diferencial ou origem social. Fala-se daquelas necessidades idênticas de todos os seres humanos, as quais devem ser atendidas com o fim de garantir uma vida digna. Objetiva-se, assim, assegurar a todos a essência humana, entendida esta como “o conjunto” de relações sociais que o homem encontra quando vem ao mundo e também aquelas criadas no processo de sua atividade.

O ser humano é a reprodução dessa essência social, em uma forma individual concreta. Por isso, só é real o humanismo que encerra a fundamentação científica da possibilidade, de poder ser encarnado em realidade, o que indica os meios para a sua concretização. Assim, só é real a possibilidade de os Direitos Humanos se constituírem conteúdo de formação para a cidadania como elemento constitutivo dos fundamentos da educação e da vida<sup>3</sup>.

Logo, é possível entender a questão do humano não apartado da realidade que o produz e da qual, concomitantemente, é produto. Esse só pode ser compreendido e tratado com objetividade na complexidade das relações sociais e das “intempéries” violentas e avassaladoras do capitalismo exclusivo e excludente. Isto é, como homem concreto em sua realidade concreta: vida objetiva a ser construída pelo homem, condições objetivas, relações que são dinâmicas e complexas e exigem a ação consciente e inteligente do homem na construção de sua vida, de sua profissão, de sua família e da sociedade, como ser político.

Na medida em que vai produzindo o mundo – o tornado humano pela presença do homem e pela organização social que o trabalho lhe impõe –, produz a si mesmo, individualmente, reproduzindo-se na espécie e na ampla sociedade. Sua individualidade é gerada na proporção da sua construção social, desenrolando-se, em extensão cada vez mais ampla, como criador das condições que o criam mediante capacidades que adquire

---

<sup>2</sup> Dallari, Dalmo. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Modera, 1998, p.7.

<sup>3</sup> Silva, Aída Monteiro da; Ferreira, Naura Syria Carapeto. "Políticas públicas em direitos humanos: uma necessidade? Por quê?". In Ferreira, Lucia de Fátima Guerra; Zenaide, Maria de Nazaré Tavares; Dias, Adelaide Alves. *Direitos Humanos na Educação Superior: Subsídios para a educação em direitos humanos na pedagogia*. Editora universitária da UFPB, 2010. p. 71-98, p.75.

de intervir no contexto social. Vai desenvolvendo habilidades, comportamentos sociais, representações conceituais que o capacitam a converter-se em produtor eficiente do “mundo” no qual se instala e o qual, em retorno, o configura física e intelectualmente. Percebe-se, assim o processo de humanização como expressão da humanidade.

Pelo exposto, entende-se que não pode ser um processo espontâneo, ocasional, que degradaria o ser humano à condição de “homem massa”, cuja personalidade seria composta de maneira bizarra, onde:

se encontrariam elementos dos homens das cavernas e princípios da ciência mais moderna e progressista, preconceitos de todas as fases históricas passadas, grosseiramente localistas e instituições de uma futura filosofia que seria própria do gênero humano mundialmente unificado<sup>4</sup>

Trata-se de um processo que necessita da mediação da educação na transmissão/assimilação do conjunto da produção humana, que vai possibilitar ao ser humano, efetivamente, entrar no mundo da cultura. Portanto, a formação cultural vem coincidir com a formação humana que deve ser garantida e preservada pela sociedade mundial em todas as suas dimensões e a todos os seres humanos sem restrições de nenhuma ordem. Daí, a necessidade incontestável de desenvolver a cultura dos direitos humanos enquanto direitos sociais, articulados aos outros direitos. E, nesse âmbito, destaca-se a educação responsável pela formação humana de forma intencional sistematizada, como elemento propulsor da efetiva democracia que garante a participação de todos na construção da sociedade.

Na contemporaneidade, não existe país no mundo que não garanta, em seus textos legais, o acesso de seus cidadãos à educação, pelo menos a básica. A educação escolar é uma dimensão fundante da cidadania, constituindo-se em verdadeiro e indispensável princípio a ser observado na elaboração de políticas que visem à participação de todos nos espaços sociais e políticos e, mesmo, para reinserção no mundo profissional. Não só diversos movimentos sociais, mas os governos comprometidos com a formação para a cidadania têm dado especial atenção a essa normatização, de modo a fundar uma estrutura educacional que garanta a humanização a toda a população<sup>5</sup>

A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, especialmente o exarado em seu art. XXVI, inúmeros são os documentos de caráter

---

<sup>4</sup> Gramsci, Antônio. *Concepção dialética da história*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981.p. 12.

<sup>5</sup> Silva, Aída Monteiro da; Ferreira, Naura Syria Carapeto. "Políticas públicas em direitos humanos...", p.77.

internacional, assinados por países da Organização das Nações Unidas, que reconhecem e garantem esse acesso a seus cidadãos. Da mesma forma, ocupam-se a Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, de 1960, e o art. 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 e o documento de Jomtien, que abrange os países mais populosos do mundo.

Necessário se faz, portanto, garantir esse direito reconhecido e, para isso, a primeira garantia é que ele esteja inscrito em lei de caráter constitucional. O contorno legal indica os direitos, os deveres, as proibições, as possibilidades e os limites de atuação, enfim: regras. Tudo isso possui enorme impacto no cotidiano das pessoas, ainda que estas nem estejam conscientes de todas as suas implicações e consequências<sup>6</sup>.

Por essas razões é que a importância da norma acompanha o desenvolvimento contextualizado da cidadania em todos os países. A sua importância nasce do caráter contraditório que a acompanha: nela sempre reside uma dimensão de luta. Luta por inscrições mais democráticas, por efetivações mais realistas, contra descaracterizações mutiladoras, por sonhos de justiça. Todo o avanço da educação escolar além do ensino fundamental foi fruto de lutas conduzidas por uma concepção democrática da sociedade em que se postula ou a igualdade de oportunidades ou mesmo a igualdade de condições sociais.

As políticas públicas são primordiais em defesa da superação da marginalização e consequente inclusão na sociedade que pertence a todos, incitando a crer que para uma educação de qualidade é necessário que seja permitido ao homem que ele possa transcender a si mesmo através de uma comunicação que é estabelecida entre os próprios seres humanos livres e que estejam em um grau diferenciado de maturação humana.

Ao nos depararmos com a proposta da Educação em Direitos Humanos que está presente nas propostas de ensino, entende-se que para que os direitos humanos sejam respeitados na íntegra e por todos, se faz necessário que seu início se dê realmente para todas as crianças e adolescentes cumprindo assim o princípio da doutrina da proteção integral e cumprindo assim também uma das considerações da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 quando remete os direitos humanos a um progresso contínuo para que se tenha uma vida digna e de liberdade.

---

<sup>6</sup> Cury, Carlos Roberto Jamil. "Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença". *Cadernos de Pesquisa*, jul. 2002, n. 116.

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla<sup>7</sup>.

O progresso social e a liberdade mais ampla é o reflexo de que de tempos em tempos os direitos humanos sofrem uma variação de importância de acordo com a necessidade humana. Esse processo é histórico, pois nasce das circunstâncias em que estão caracterizados. A exemplo dessa afirmativa, verificamos a urgência que se faz de implantar a educação em direitos humanos nas escolas, na base da educação, para que todas as crianças e adolescentes tenham acesso a essas formações. Nos momentos de maior enfrentamento da ausência dos direitos é que temos os avanços reais no campo dos direitos, pois do ponto de vista lógico quando há o sofrimento humano é que se necessita de proteção.

É preciso ter claro antes de qualquer coisa o objetivo da educação em direitos humanos, ou seja, o que se pretende ensinar e o que é aprender sobre a ótica desses direitos. Conforme o Programa Mundial para educação em direitos humanos das Nações Unidas de 2005,

a educação em direitos humanos pode ser definida como um conjunto de atividades de educação, de capacitação e de difusão de informação, orientadas para criar uma cultura universal de direitos humanos. Uma educação integral em direitos humanos não somente proporciona conhecimentos sobre os direitos humanos e os mecanismos para protegê-los, mas que, além disso, transmite as aptidões necessárias para promover, defender e aplicar os direitos humanos na vida cotidiana. A educação em direitos humanos promove as atitudes e o comportamento necessários para que os direitos humanos de todos os membros da sociedade sejam respeitados<sup>8</sup>.

No Brasil, com a coordenação da professora Aida Maria Monteiro da Silva foi elaborado o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), que é fruto do compromisso do Estado com a concretização dos direitos humanos e de uma construção histórica da sociedade civil organizada. Ao mesmo tempo em que aprofunda questões do Programa Nacional de Direitos Humanos, o PNEDH incorpora aspectos dos principais documentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, agregando demandas antigas e contemporâneas de nossa sociedade

<sup>7</sup> Declaração Universal Dos Direitos Humanos. UNIC/Rio/005, Janeiro 2009 (DPI/876), p. 3

<sup>8</sup> Nações Unidas. *Plano De Ação - Programa Mundial Para Educação Em Direitos Humanos* – 2006.

pela efetivação da democracia, do desenvolvimento, da justiça social e pela construção de uma cultura de paz<sup>9</sup>.

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos traz luz a essa construção. Chamamos de construção porque um direito não está adquirido a partir de sua formalização, ou seja, somente decretar a lei não garante a sua execução. A partir do plano nacional é possível delinear um caminho a ser cumprindo para que esse direito realmente se efetive e com esse intuito, nos debruçamos nessa pesquisa a fim de estudar e aprofundar o conhecimento sobre as políticas públicas educacionais e a gestão da educação em direitos humanos no ambiente escolar específico da educação formal na socioeducação, objetivando contribuir para a efetivação desses direitos, pois, se ao ser humano que está livre poder ter todos os seus direitos respeitados e efetivados é muito difícil, para quem por não ter seus direitos fundamentais respeitados e incorreu em ato ilícito, e conseqüente privação de liberdade fica ainda mais utópico.

### **3. Vulnerabilidade social**

Antes de entrarmos na questão do adolescente em conflito com a lei é importante termos conhecimento de um quadro significativo brasileiro no que diz respeito a vulnerabilidade social. A partir desse conhecimento com certeza a apropriação das questões específicas do adolescente em conflito com a lei ganham clareza e entendimento.

Entender a vulnerabilidade social significa entender que ela é composta por pessoas e por lugares e que estão expostos à miserabilidade, expostos a exclusão social, e que individualmente ou por suas famílias a vulnerabilidade social está intimamente ligada às questões de pobreza. Os seres humanos aqui envolvidos e que estão incluídos nesses índices de miserabilidade e conseqüente vulnerabilidade social são principalmente os que não têm “voz” e geralmente moram nas ruas ou em lugares insalubres ou dependem de favores, da solidariedade dos que não estão incluídos nesses índices.

Podem-se considerar alguns indicativos para que a pessoa e o lugar componham esse núcleo de vulnerabilidade como, por exemplo, quando apresenta algum sinal de desnutrição ou quando sua moradia se apresenta em condições precárias, principalmente

---

<sup>9</sup> Plano Nacional De Educação Em Direitos Humanos / Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007. p.11.

sem saneamento básico. Outras questões que implicam em vulnerabilidade são a ausência de família ou emprego e esses fatores se tornam um risco social, nesse sentido é apropriado dizer que o sujeito é um cidadão, porém não possui os mesmos direitos e deveres dos outros. Vale ressaltar que é um cidadão sem cidadania. E a partir disso podemos nos indagar como há a possibilidade de ser um cidadão sem cidadania? Automaticamente quem se encontra nessa situação terrível de vida torna-se indiscutivelmente um excluído, ou seja, esse indivíduo não tem possibilidades humanas, ou seja, ainda, não partilha dos recursos que uma sociedade oferece e sendo assim é abandonada e expulsa dos espaços da própria sociedade onde vive, necessitando de políticas públicas de saúde, educação, segurança, cultura entre outras para ter um mínimo de dignidade e sobrevivência.

Quando pensamos o adolescente em conflito com a lei, é necessário pensar também sobre risco social. A vulnerabilidade social e o risco social estão intimamente ligados e praticamente indissociáveis onde ambas são sinônimos de ausência do mínimo necessário à vida, pois, a vulnerabilidade social é que coloca o indivíduo em um risco social. É nesse sentido que o aumento da escolaridade e também da qualidade cultural que as pessoas em vulnerabilidade ou risco social podem suprimir as outras carências que afetam sua dignidade humana, pois diminuindo a vulnerabilidade social e estrutural segue-se na construção de uma sociedade mais justa, menos desigual para todos.

O território é fundamental para entender a vulnerabilidade, por isso, geralmente os índices de vulnerabilidade são medidos e apontados por municípios, pois se faz necessário localizar espacialmente os locais onde se concentram os segmentos da população com maior índice e conseqüentemente se tornam os alvos de investimento das políticas públicas e intervenções que possam ser feitas pelo Estado.

O IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) publicou em 2015 o Atlas da Vulnerabilidade Social nos Municípios Brasileiros trazendo um vasto e significativo conjunto de indicadores sociais a disposição da consulta brasileira principalmente para os gestores públicos em suas mais diferentes esferas de governo assim como também pelos professores, atores sociais e políticos e pesquisadores da educação. Esse documento nos permite fazer um paralelo muito importante com os índices de vulnerabilidade e a incursão em cometimento de ato infracional pelos adolescentes brasileiros.

As noções de “exclusão” e de “vulnerabilidade social” têm sido cada vez mais utilizadas, no Brasil e no mundo, por pesquisadores, gestores e operadores de políticas

sociais, num esforço de ampliação do entendimento das situações tradicionalmente definidas como de pobreza, buscando exprimir uma perspectiva ampliada complementar àquela atrelada à questão da insuficiência de renda. Assim como as noções de “necessidades básicas insatisfeitas”, “pobreza multidimensional” e “desenvolvimento humano”, exclusão e vulnerabilidade social são noções antes de tudo políticas (ainda que nem sempre sejam percebidas como tal), que introduzem novos recursos interpretativos sobre os processos de desenvolvimento social, para além de sua dimensão monetária. Nesse sentido, a leitura desses processos, resultante desta “nova” conceituação, pode dialogar e produzir efeitos sobre as propostas e os desenhos das políticas públicas, alargando seu escopo e colocando em evidência as responsabilidades do Estado, em todos os seus níveis administrativos, na promoção do bem-estar dos cidadãos<sup>10</sup>

Nesse sentido os índices de vulnerabilidade social resultam num importante e excelente instrumento para que ocorra significativa melhora da oferta das políticas públicas e também através da evidência da responsabilização das ações do Estado.

Os indicadores que apontam a vulnerabilidade são os que pertencem aos grupos da infraestrutura urbana, capital humano e renda e trabalho. Essas dimensões correspondem segundo o IPEA<sup>11</sup> “a conjuntos de ativos, recursos ou estruturas, cujo acesso, ausência ou insuficiência indicam que o padrão de vida das famílias encontra-se baixo, sugerindo, no limite, o não acesso e não observância dos direitos sociais.”

O indicador da infraestrutura urbana reflete as questões que envolvem diretamente o saneamento básico e mobilidade urbana, ou seja, refere-se especificamente ao local onde as pessoas moram, como funcionam o abastecimento da água, esgoto sanitário, coletas de lixo, além do tempo de deslocamento da pessoa ao trabalho. O indicador do capital humano diz respeito as questões de perspectivas do ser humano em relação a inclusão social do indivíduo sobre a educação e a saúde. O terceiro indicador que refere-se a renda e trabalho traz os índices relativos a insuficiência de renda embasados em questões como o trabalho infantil, a desocupação de adultos e a dependência de renda de idosos.

Os três indicadores precisam de dados, e necessariamente dados que tenham uniformidade em sua coleta, metodologia linear no sentido de ter um resultado confiável, portanto, nesse caso, os dados do IBGE apesar de limitados são dados que

---

<sup>10</sup>IPEA (Editores: Costa, Marco Aurélio; Oliveira Marguti, Bárbara). *Atlas da vulnerabilidade social nos municípios brasileiros*. Brasília: IPEA, 2015, p. 12.

<sup>11</sup>*Ibidem*, p. 13.

trazem uma metodologia uniforme e que é aplicada em todo território brasileiro da mesma forma.

Após todos os cálculos realizados dentro das normativas que integram o cálculo do Índice de Vulnerabilidade Social é preciso entender como esse cálculo de miserabilidade social atinge a população a ponto de produzir adolescentes e jovens autores de atos infracionais.

Segundo dados do IPEA, (2015) em 2000 o Brasil possuía um Índice de Vulnerabilidade Social (IVS) equivalente a 0,446 (sendo que o IVS é um índice que varia entre 0 e 1 e quanto mais próximo a 1, maior é a vulnerabilidade social de um município) e em 2010 o IVS passou a 0,326. Isso significa que o Brasil avançou cerca de 27% em direção a níveis mais baixos de vulnerabilidade e miserabilidade social.

Analisar o desenvolvimento humano e a vulnerabilidade social se traduz em compreender o processo de evolução das pessoas, ou seja, o processo de prosperidade individual que resulta na benfeitoria coletiva. Com certeza o desenvolvimento humano ou a prosperidade social tem seu escopo em políticas sócias afirmativas que de certa forma produzem melhorias nas condições de vida social no meio social.

O que o IVS afeta diretamente nas questões de cometimento de ato infracional? Se o meio onde o adolescente vive e convive com seus familiares é minimamente habitável com condições mínimas dos três indicadores apontados (infraestrutura urbana, capital humano e renda e trabalho) certamente que não há a necessidade de cometer atos infracionais para adquirir o mínimo para a sobrevivência, pois é fato notório e cientificamente comprovado que as classe média e alta tem um índice muito pequeno de infração e também que seus motivos estão ligados a fatores diferentes dos que levam a classe pobre e miserável a cometer.

As desigualdades sociais que demonstram um claro desequilíbrio no padrão de vida dos seus habitantes principalmente no que diz respeito as questões econômicas, escolar e profissional proporcionam o aumento de mazelas e entre elas a do adolescente em conflito com a lei. A desigualdade social, fruto do surgimento do capitalismo, se configura pela falta de qualidade na educação, falta de acesso a cultura e poucas oportunidades de emprego digno. Consequentemente as classes sociais se configuram de maneiras diferenciadas com grupos que se constituem por seres humanos com padrões que se assemelham culturalmente, politicamente e economicamente, sendo assim em toda sociedade capitalista sempre existirá um grupo que ditará os padrões

naquela sociedade e irá influenciar totalmente as ações do estado, seja de forma direta ou indireta.

Nesse sentido na socioeducação proporcionar a liberdade significa acima de tudo tentar promover uma amplitude de possibilidades para que o cidadão consiga exercê-la na maior complexidade da palavra. Essa liberdade que vai muito além de estar apenas livre pressupõe uma construção coletiva de uma sociedade melhor para se viver. Ao mesmo tempo em que forma o cidadão, a escola lhe proporciona também a liberdade: com isso, o conhecimento adquirido através da escola pode proporcionar ao ser humano a aquisição de uma prática da crítica que o levará a construir políticas de cidadania que o libertem e o emancipem possibilitando a saída do nível de vulnerabilidade social.

#### **4. Direitos Humanos, Educação e adolescentes em conflito com a lei**

De tempos em tempos, ou a cada tempo histórico, a sociedade necessita rever as demandas sociais e, por consequência os direitos humanos. Em outras palavras, rever se há necessidade que um novo direito humano seja contemplado para responder a essas necessidades humanas. Assim sendo, a história dos direitos humanos é a própria história da humanidade, ou seja, nascem sob determinadas circunstâncias urgindo por uma nova luta em defesa de novas liberdades. Importante dentro desse foco compreender que os direitos nascem com a era moderna e são fruto das revoluções liberais. Como todo esse processo já é de conhecimento amplo, esse trabalho não tem a intenção de retomar a história nesse momento, mas sim, examinar a educação através dos direitos humanos e naturalmente a história estará contemplada.

Quando falamos em Direitos Humanos, falamos de todos os direitos que constituem o ser humano em todas as suas dimensões. Obviamente que todas as pessoas nascem com direitos fundamentais iguais, independente de sua classe social ou de suas características individuais. Nesse entendimento os direitos são classificados como direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são atribuídos a todos os cidadãos em qualquer localidade, pois a importância se dá pela finalidade desses direitos em promover condições mínimas com as quais os seres humanos conduzem suas vidas.

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu Título II, os direitos fundamentais se subdividem em capítulos num total de cinco. No capítulo I constam os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; no capítulo II estão os Direitos Sociais; no capítulo III os Direitos a Nacionalidade; no capítulo IV, os Direitos Políticos e no capítulo V, os Direitos a Participação e Organização em Partidos

Políticos. Dessa maneira, os direitos fundamentais inerentes à pessoa possuem cinco dimensões.

Os direitos individuais e coletivos dizem respeito ao conceito de pessoa humana, como por exemplo, a dignidade, a honra e a liberdade. Os direitos sociais trazem à tona as questões do nosso estado democrático e visa a igualdade social e as melhorias de qualidade de vida da população. Os direitos de nacionalidade integram o vínculo entre o cidadão e o estado de forma política e jurídica. Os direitos políticos são direitos subjetivos que permitem a participação na vida política do estado de forma a lhe garantir a cidadania, e por fim, os direitos relacionados a organização e participação em partidos políticos que são instrumentos para a preservação do Estado Democrático de Direito.

Também é possível definir os direitos em outras dimensões já que as necessidades dos homens são inesgotáveis, porém, em movimento e mutação ao longo do tempo. Podem-se identificar na primeira dimensão os direitos relacionados ao valor Liberdade que se encontram nos documentos erigido no decorrer do tempo. Uma segunda dimensão dos direitos poderia se relacionar ao valor Igualdade e com as conquistas de trabalho e economia. Após a segunda guerra mundial muitas mudanças ocorreram em todo o mundo e foi notável o desenvolvimento da sociedade acarretando uma terceira dimensão dos direitos onde a participação de todos para que se efetivem os direitos é fundamental embasando-se no valor da Solidariedade. A partir do século XX temos um avanço no que diz respeito as pesquisas científicas na área da genética e pensando na própria preservação da existência humana poder-se-ia identificar esse momento como o direito das minorias ou direito a ter direitos, até chegarmos a nossa sociedade hodierna em que se busca o direito a Paz.

Os direitos humanos servem, assim, para assegurar ao homem o exercício da liberdade, a preservação da dignidade e a proteção de sua existência. Trata-se, portanto, daqueles direitos considerados fundamentais, que tornam os homens iguais, independentemente do sexo, nacionalidade, etnia, classe social, profissão, opção política, crença religiosa, convicção moral, orientação sexual e identidade de gênero. Eles são essenciais à conquista de uma vida digna, daí serem considerados fundamentais à nossa existência<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup>Zenaide, Maria de Nazaré Tavares *et al.* *Direitos Humanos: capacitação de Educadores*. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2008.

A proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948 exarou uma das considerações onde “o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade”<sup>13</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 é um grande marco da história no sentido de permitir aos indivíduos que busquem por seus direitos e os reafirmem constantemente. Como o mundo passava por uma recuperação pós guerra e também se reerguia de uma Alemanha nazista, a observação das liberdades se tornou fundamental naquele momento.

Essa consideração é de suma importância para compreender essa declaração, pois se do ponto de vista de que ao desprezar os direitos humanos pode-se voltar ao estado de barbárie, conseqüentemente não há a possibilidade de humanização e a partir disso a cidadania em sua integralidade passa a ser um “discurso” utilitário.

As discussões sobre os Direitos Humanos e sobre a Educação em Direitos Humanos procedem de longa data e se prolongam até a atualidade. Desde a declaração dos direitos do homem e do cidadão da Revolução Francesa onde a diferença entre os direitos das mulheres e dos homens que eram abismais e influenciaram para a Proclamação da República, até os nossos dias quando se luta para manter a Democracia e os direitos respeitados, é que a luta não tem descanso.

Seguindo o exemplo francês, após a segunda guerra mundial, onde populações inteiras foram tolhidas de seus direitos mais básicos, muitos países assinaram a Fundação das Nações Unidas, em que se promulgava a fé nos direitos dos homens. Nesse período do pós-guerra os direitos sociais começaram a perpassar as Constituições dos países, principalmente nos europeus. Nesse período em 1948 em 10 de dezembro em Paris as Nações Unidas decretaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos em uma tentativa de nivelar as diferenças e acabarem com as divergências.

Outro marco importante na trajetória dos direitos humanos fora a proclamação da Declaração dos Direitos dos Povos em 1976, no sentido de buscar um efetivo respeito e consolidação dos direitos humanos.

Em 1993 em Viena, ocorreu a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos que considerava entre outras questões relevantes no cenário mundial que:

a promoção e a proteção dos Direitos Humanos constituem questões prioritárias para a comunidade internacional, e que a Conferência proporciona uma oportunidade única

---

<sup>13</sup> Declaração Universal Dos Direitos Humanos. UNIC/Rio/005, Janeiro 2009 (DPI/876), p. 2.

de efetuar uma análise global do sistema internacional de Direitos Humanos e dos mecanismos de proteção destes direitos, por forma a incentivar e assim promover o seu maior respeito, de uma forma justa e equilibrada<sup>14</sup>.

A evolução dos marcos legal na história dos direitos humanos como percebemos, vem crescendo e insistindo na questão de ser para todos e não para alguns. Eis a questão principal: a universalização. Buscamos a universalização do ensino e nesse sentido a universalização da educação em direitos humanos inclusive aos adolescentes que estão privados de liberdade em um momento de suas histórias particulares de vida.

No Brasil em 2003 foi elaborado o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, já citado acima, e revisado pelo MEC em 2006. Esse plano auxilia o ministério da educação a criar políticas públicas voltadas para a educação em Direitos Humanos. Precisamos compreender que a Educação é um direito fundamental de todos e também um instrumento eficaz para que todos os outros direitos sejam assegurados, portanto, reside nessa questão simples, à importância da escola e da educação como um todo no processo de defesa e implantação dos Direitos Humanos.

A cooperação da escola para desenvolver a educação em direitos humanos é um investimento certo, pois os direitos são indissociáveis, não é possível trabalhar com liberdade sem pensar em justiça social e muito menos em justiça social sem pensar em liberdade, assim os direitos tornam-se ao mesmo tempo interdependentes e inter-relacionados.

## **5. Algumas palavras**

Nessa via de raciocínio, o papel do Estado em fomentar a Educação em Direitos Humanos (EDH), vai muito além de informar sobre Direitos Humanos (DH), mas implica em difundir e dialogar sobre o papel das escolas e da educação discutindo suas práticas e o processo de construção do ensino aprendizagem e cultivar estas compreensões. A escola, sabemos que tem o papel de sistematizar, disseminar e produzir conhecimento, por isso, esses processos de educação de uma maneira geral constituem-se em uma forma de socialização da cultura.

Sabemos da dificuldade de fazer com que os DH sejam respeitados e que políticas educacionais na área de direitos humanos favoreçam o respeito e a valorização

---

<sup>14</sup>Declaração e Programa de Ação de Viena - Conferência Mundial sobre Direitos Humanos [em linha]. 1993, p. 2. <[www.cedin.com.br](http://www.cedin.com.br)> [01 março 2016].

da diversidade nas suas mais diferentes formas constituindo assim um desafio constante no campo educacional brasileiro. Realmente se é muito difícil de efetivar essa situação na liberdade, como se imagina que esses direitos são efetivados nesse lócus específico da socioeducação.

A Socioeducação é uma política que foi instituída através da Lei nº 12.594 em janeiro de 2012<sup>15</sup>, portanto, muito recente. Essa política institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamenta as medidas socioeducativas que são destinadas ao adolescente autor de ato infracional. As medidas socioeducativas vão desde a reparação do dano até privação de liberdade, e exatamente essa medida de privação de liberdade que nos interessa nessa pesquisa, ou seja, como as políticas públicas educacionais e a gestão da educação em direitos humanos podem ocorrer no espaço de privação de liberdade para adolescentes em conflito com a lei é a nossa indagação central. Sabemos que a história das determinações do adolescente que está em conflito com a lei é importante de se conhecer para entender como chegou até a privação de liberdade. A influência do meio em que vive e da forma como cresceu em sua comunidade são fundamentais para caracterizar essa população, pois como já dito em outros documentos não são os adolescentes de classe alta nem os adolescentes predominantemente brancos que estão atrás das grades cumprindo medida socioeducativa. Porque esse adolescente entra em conflito com a lei? Com certeza seu estado de vulnerabilidade e miserabilidade social o coloca nessa situação com muito mais facilidade.

A educação escolar é colaboradora número um para o exercício da cidadania. Constitui-se em um princípio a ser observado quando ocorre a elaboração de políticas públicas que tenham como foco a participação de todos e em todos os espaços da sociedade. No compromisso de todos estarem lutando por uma educação de qualidade a formação deve ser no sentido de humanização a todos.

Dentro do espaço socioeducativo denominado de Centro de socioeducação (CENSE), a educação formal acontece na escola. Eis o grande desafio da

---

<sup>15</sup> Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

socioeducação: fazer com que os direitos sejam respeitados em um espaço onde o adolescente, ora em conflito com a lei, não tem direito a liberdade.

### Referências bibliográficas

- Cury, Carlos Roberto Jamil. "Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença". *Cadernos de Pesquisa*, jul. 2002, n. 116.
- Dallari, Dalmo. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Modera, 1998.
- Declaração e Programa de Ação de Viena - Conferência Mundial sobre Direitos Humanos [em linha]. 1993, p. 2. <[www.cedin.com.br](http://www.cedin.com.br)> [01 março 2016].
- Declaração Universal Dos Direitos Humanos. UNIC/Rio/005, Janeiro 2009 (DPI/876)
- Gramsci, António. *Concepção dialética da história*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981.
- IPEA (Editores: Costa, Marco Aurélio; Oliveira Marguti, Bárbara). *Atlas da vulnerabilidade social nos municípios brasileiros*. Brasília: IPEA, 2015.
- Lei nº 12.594 em janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm)> [11 abril 2016].
- Marx, Karl. *Manuscritos Económico-filosófico de 1844*. Bogotá: Pluma, 1980.
- Nações Unidas. Plano De Ação - Programa Mundial Para Educação Em Direitos Humanos – 2006.
- Paraná. Conselho Estadual de Educação. Conselho Pleno. Deliberação nº 02 de 13 de abril de 2015. Dispõe sobre as Normas Estaduais para a Educação em Direitos Humanos no Sistema Estadual de Ensino do Paraná. Curitiba: 2015.
- Plano Nacional De Educação Em Direitos Humanos / Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007.
- Silva, Aída Monteiro da; Ferreira, Naura Syria Carapeto. "Políticas públicas em direitos humanos: uma necessidade? Por quê?". In Ferreira, Lucia de Fátima Guerra; Zenaide, Maria de Nazaré Tavares; Dias, Adelaide Alves. *Direitos Humanos na Educação Superior: Subsídios para a educação em direitos humanos na pedagogia*. Editora universitária da UFPB, 2010. p. 71-98.
- Zenaide, Maria de Nazaré Tavares, et al. *Direitos Humanos: capacitação de Educadores*. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2008.



**O DIREITO À EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NO CURRÍCULO ESCOLAR: VIVÊNCIAS ORIUNDAS DA PRÁTICA PEDAGÓGICA DE PROFESSORES DO ENSINO MÉDIO NO ESTADO DE PERNAMBUCO-BRASIL**

**THE RIGHT TO EDUCATION IN HUMAN RIGHTS IN SCHOOL CURRICULUM: EXPERIENCES FROM THE EDUCATIONAL PRACTICE OF SECONDARY SCHOOL TEACHERS IN THE STATE OF PERNAMBUCO - BRAZIL**

Maria Perpétua Teles Monteiro<sup>1</sup>  
Mario Medeiros<sup>2</sup>

**Resumo:** A educação em direitos humanos é um campo que vem se afirmando nos processos educativos, no Brasil. Sua promoção de modo intencional e sistemático é uma realidade. Situada no âmbito das políticas públicas é um fenômeno produzido nas relações de poder. Num contexto de necessidades urgentes de formação de sujeitos de direitos, a Educação em Direitos Humanos (EDH) se apresenta com um potencial significativamente relevante. Em países como o Brasil, caracterizados pelo histórico de violações dos direitos humanos, expresso pela precariedade e fragilidade do Estado de direito, o direito à educação é entendido como um direito em si mesmo e um meio indispensável para o acesso a outros direitos. As Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (2012), dentre o arcabouço legal, no país, estabelece a EDH como um dos eixos fundamentais do direito à educação. No estado de Pernambuco, a implementação da EDH no currículo se deu de forma diferenciada na rede pública estadual de ensino: nas escolas regulares de modo transversal e nas escolas integrais como componente curricular e de modo misto, combinando disciplinaridade e transversalidade. Este trabalho versa sobre os reflexos, na prática pedagógica, da inserção da EDH em diferentes modos no currículo escolar. Seu objeto demanda a discussão sobre três categorias: Educação em Direitos Humanos, Currículo e prática pedagógica. Através da pesquisa-ação apresenta os resultados das ações de investigação e intervenção e analisa vivências no cotidiano escolar buscando aproximações ou distanciamentos na prática pedagógica com os documentos oficiais que a norteia. Para fundamentar o processo metodológico optou-se pela abordagem qualitativa utilizando a análise de conteúdo. A investigação permitiu identificar que ações educativas vêm sendo realizadas no sentido da construção de sujeitos de direito e aponta a contribuição do currículo diversificado e flexível na construção de uma prática pedagógica autônoma, criativa e reflexiva.

**Palavras-chave:** Educação em Direitos Humanos, Currículo, Prática pedagógica.

**Abstract:** The Education in Human Rights is a field that has been stating in the educational processes in Brazil. Situated in the realm of public policy, it is a phenomenon produced in power relations and, in a context of urgent needs rights of subjects of training, the Education in Human Rights (EHR) presents a significantly relevant potential. In countries such as Brazil, characterized by the history of human rights violations and expressed by the precariousness and fragility of the rule of law, the

---

<sup>1</sup> Mestranda do Mestrado Profissional em Educação – Universidade de Pernambuco – UPE/Mata Norte. mperpetuatm@gmail.com

<sup>2</sup> Orientador - Doutor em Ciências da Educação pela Universidade do Minho-PT. Pós-Doutor em Ciências da Educação pela Universidade de Málaga - ES - Líder do Grupo de Pesquisa Competências: aprendizagens necessárias e currículo--CNPq-UPE.

right to education is understood as a right in itself and an indispensable means for access to other rights. The National Guidelines for Education in Human Rights (2012), among the legal framework in the country, establishes the EHR as one of the cornerstones of the right to education. In the State of Pernambuco, the implementation of EHR in the curriculum occurred differently in the public network state education: in regular schools it was transversely while the full-time schools it was implanted as a curricular component, combining disciplinary and crosscutting. This work deals with the consequences, in pedagogical practice, of the inclusion of EHR in different ways in the school curriculum. Through the called action-research, we'll present the results of research and intervention actions and analyze experiences in everyday school life, seeking approaches or distances in pedagogical practice with the official documents that guides. To support the methodological process, we chose the qualitative approach using content analysis. The research identified that educational activities have been directed towards the construction of subjects of law and points out the contribution of diverse and flexible curriculum to build an autonomous pedagogical practice, creative and reflective.

**Keywords:** Education in Human Rights, Curriculum, Pedagogical practice.

## 1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo discutir acerca dos reflexos, na prática pedagógica, da inserção da EDH em diferentes modos no currículo escolar. Por meio da pesquisa-ação, apresentaremos os resultados das ações de investigação e intervenção realizada na Escola de Referência em Ensino Médio de Garanhuns (EREM – Garanhuns) e analisaremos as vivências no cotidiano escolar, buscando aproximações ou distanciamentos na prática pedagógica com os documentos oficiais que a norteia.

A fim de fundamentar o processo metodológico, optou-se pela abordagem qualitativa, utilizando a análise de conteúdo e pela utilização da pesquisa-ação, apresentada, por Thiollent<sup>3</sup>, como uma estratégia metodológica que corresponde a um modo de conceber e de organizar uma pesquisa social de finalidade prática de acordo com as exigências próprias da ação e da participação dos atores da situação pesquisada.

Para isso, iniciaremos a discussão com o tópico intitulado “Educação em Direitos Humanos e Reflexão sobre o currículo para o ensino médio”, em que apresentaremos acerca da Educação em Direitos Humanos (EDH) no Brasil e no Estado de Pernambuco, além das reflexões do currículo para o ensino médio, uma vez que as análises posteriores foram realizadas com professores de turmas de ensino médio.

---

<sup>3</sup> Thiollent, Michael. *Metodologia da Pesquisa-ação*. 7ª edição. Cortez: Editora São Paulo, 1996.

Em seguida, trataremos acerca da escola, no tópico “Pesquisa-ação: Prática pedagógica na escola de referência”, além da exposição das práticas pedagógicas desenvolvidas no decorrer da pesquisa-ação. Finalizaremos o trabalho com nossas considerações finais.

## **2. Educação em Direitos Humanos no Brasil e Reflexão sobre o currículo para o ensino médio**

Há algumas décadas, a preocupação com a Educação em Direitos Humanos (EDH) tem se tornado uma temática recorrente, no cenário internacional e nacional, visto o contexto de políticas neoliberais; de indicadores de acentuada desigualdade social; de discriminação e exclusão de determinados grupos; e de apatia social de outros. Portanto, entre crises, tensões, contradições e conflitos, emergiu a busca por caminhos que possam favorecer os processos de democratização e a afirmação dos direitos fundamentais de cada pessoa e de grupos socioculturais, na perspectiva da construção de uma sociedade baseada na promoção da igualdade de oportunidades, no respeito à diversidade e na consolidação de uma cultura democrática e cidadã.

Com a pesquisa promovida, em 1999, no continente latino-americano, pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), da Costa Rica, um balanço sobre o desenvolvimento da Educação em Direitos Humanos foi exposto, na América Latina. Entre outras coisas, a pesquisa apontou que a EDH foi relacionada, inicialmente, à busca de seu sentido na transição modernidade/pós-modernidade e no contexto de democracias de “baixa intensidade” e de hegemonia neoliberal. Dessa forma, observou-se que, se nos anos de 1980 a EDH foi introduzida como um componente orientado ao fortalecimento dos regimes democráticos, na década de 1990, foi marcada por uma grande entrada dos governos na promoção da Educação em Direitos Humanos.

### **2.1. EDH no Brasil**

Conforme apontado por Benevides<sup>4</sup>,

[...] o aprendizado deve estar ligado à vivência do valor da igualdade em dignidade e direitos para todos e deve propiciar o desenvolvimento de sentimentos e atitudes de cooperação e solidariedade. Ao mesmo tempo, a educação para a tolerância se impõe

---

<sup>4</sup> Benevides, Maria Vistoria. *Educação em Direitos Humanos: de que se trata?*. Palestra de abertura do Seminário de Educação em Direitos Humanos, São Paulo, 2000.

como um valor ativo vinculado à solidariedade e não apenas como tolerância passiva da mera aceitação do outro, com o qual se pode não estar solidário. Em seguida, o aprendizado deve levar ao desenvolvimento da capacidade de se perceber as consequências pessoais e sociais de cada escolha. Ou seja, deve levar ao senso de responsabilidade. Esse processo educativo deve, ainda, visar à formação do cidadão participante, crítico, responsável e comprometido com a mudança daquelas práticas e condições da sociedade que violam ou negam os direitos humanos. Mais ainda, deve visar à formação de personalidades autônomas, intelectual e afetivamente, sujeitos de deveres e de direitos, capazes de julgar, escolher, tomar decisões, serem responsáveis e prontos para exigir que não apenas seus direitos, mas também os direitos dos outros sejam respeitados e cumpridos.

Assim, temos que a ideia em EDH não pode partir de uma visão homogênea de sociedade, visto que essa se presta a, também, questionar e enfrentar suas próprias contradições e conflitos – postura essa que só será possível no exercício da crítica e da democracia, já que os valores democráticos estão profundamente vinculados ao conjunto dos direitos humanos, que se resumem no valor da igualdade, da liberdade e da solidariedade.

Sendo a Educação em Direitos Humanos um campo de conhecimento e uma prática recente, se constitui em uma área na qual se apresenta um amplo leque de possibilidades, já que se propõe a educar na tolerância e na valorização da dignidade da pessoa. Por meio da EDH, é possível contribuir para reverter as injustificadas diferenciações sociais, no Brasil, e criar uma nova cultura a partir do entendimento de que toda e qualquer pessoa deve ser respeitada em razão da dignidade que lhe é inerente.

No Brasil, a Educação em Direitos Humanos veio se desenvolvendo a partir de um processo que emergiu com força na segunda metade dos anos de 1980, por meio de diferentes etapas e íntima articulação com os diversos contextos político-sociais enfrentados pelo País. É nesse cenário que discussões vêm tomando forma tanto no âmbito das organizações da sociedade civil, quanto no das políticas públicas, tornando-se, a EDH, uma preocupação no pensamento educacional e no currículo escolar.

Dessa forma, observamos que a EDH vem tomando forma tanto no âmbito das organizações da sociedade civil, quanto no âmbito das políticas públicas, no Brasil, e que a implementação de programas e a homologação de diretrizes têm

exercido uma função fundamental de orientação, estímulo, apoio e viabilização de diferentes ações. Entre as mudanças, se encontram o lançamento do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), em suas versões em 2003 e em 2006 (revisada e ampliada).

O PNEDH, por sua vez, apoia e é apoiado por documentos e acordos internacionais e nacionais, entre os quais constam: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); a Constituição Federal do Brasil (1988); a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (1996); o Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos (1ª e 2ª Fases); o Programa Nacional de Direitos Humanos (III versão – 2008, com revisão da I e II versões); e as Diretrizes Curriculares para Educação em Direitos Humanos (2012).

Além disso, o Plano Nacional resultou do trabalho de órgãos do governo e de vários segmentos da sociedade civil e vem se destacando como política pública em dois sentidos. O primeiro, consolidando uma proposta de projeto de sociedade baseada nos princípios da democracia, cidadania e justiça social; enquanto o segundo reforça um instrumento de construção de uma cultura de direitos humanos, entendida como um processo a ser apreendido e vivenciado na perspectiva da cidadania ativa.

## **2. 2. EDH no Estado de Pernambuco**

No Estado de Pernambuco, desde a década de 1980 (de 1987 a 1991), foi criado o Projeto Escola Pública, Direitos Humanos e Conquista Coletiva da Cidadania, pelo então governador Miguel Arraes, com o objetivo de formar o cidadão crítico, reflexivo, autônomo e capaz de interferir na sociedade em que vive e pretendeu abarcar a rede pública estadual, transformar a escola e repensar o papel político-pedagógico dos educadores na perspectiva da conquista coletiva dos direitos humanos.

Entretanto, apenas em 2007, criou-se, pelo decreto 30.362, a Gerência de Políticas de Educação em Direitos Humanos, Diversidade e Cidadania<sup>5</sup> (GEDH). Esse setor, vinculado à Secretaria de Educação, assumiu a responsabilidade de fomentar os conteúdos e princípios da educação como direito humano e da Educação em Direitos Humanos, em articulação com as demais gerências de ensino, nos níveis e modalidades da educação básica da rede estadual.

---

<sup>5</sup> Em 2015, ocorreu a fusão desta Gerência com a Gerência de Educação Especial (GEDE). Dessa fusão, nasceu a Gerência de Políticas Educacionais de Educação Inclusiva, Direitos Humanos e Cidadania (GEIDH), que assume como paradigma o diálogo da diversidade com a inclusão.

Um ano depois da criação do GEDH, foi implantada a Matriz Curricular Diversificada, com a inserção da temática direitos humanos como conteúdo, podendo, as escolas, optar, entre quatro componentes curriculares, pelo de Direitos Humanos e Cidadania<sup>6</sup>. Em 2011, foi implantada nas escolas de referência a Educação em Direitos Humanos, como componente curricular<sup>7</sup>.

Sabemos que a escola, os modelos educacionais e as práticas pedagógicas têm um papel relevante na transformação dos sentidos propostos pelo capitalismo, no estabelecimento de relações entre conhecer, fazer, ter, ser, conviver. Essa atenção deve estar redobrada, principalmente e justamente, nas ações em suas propostas de formar um modelo de homem e de sociedade. E, dada essa relevância, devemos estar atentos não apenas para procurar aquilo que lhe falta, mas também, buscando nessa, encontrar suas funções e contribuições, ou seja, dar a conhecê-la por meio das vivências dos seus atores.

Sob esse ponto de vista, frente à implementação da EDH nas escolas de referência em ensino médio de Pernambuco, os professores vivem o desafio de vivenciar ações para sua materialização, ao buscar caminhos para garantir que seja efetivada, nos planos, projetos e vivências na escola, considerando sua realidade e especificidade. Tornou-se necessária, portanto, a elaboração desta pesquisa-ação, a fim de encontrar pôr em prática, na sala de aula, com o auxílio de professores, a Educação em Direitos Humanos.

### **2.3. Reflexão sobre o currículo para o ensino médio**

A reflexão sobre o currículo tem permeado os documentos oficiais, as propostas dos sistemas de ensino, os projetos político pedagógicos das escolas e as pesquisas na teoria pedagógica e na formação inicial e permanente dos docentes. Tais reflexões sugerem diversos significados, um deles é o de que os currículos são orientados pela dinâmica da sociedade – revelando-se na construção e seleção de conhecimentos e práticas produzidas em contextos concretos e em dinâmicas sociais, políticas e culturais, intelectuais e pedagógicas.

---

<sup>6</sup> Tavares, Celma. *A política de Educação em Direitos Humanos na rede pública estadual de Pernambuco: um processo em construção*. Seminário 26/ANAPE, 2013.

<sup>7</sup> Dutra, Paulo Fernando de Vasconcelos. *Educação integral no estado de Pernambuco: uma realidade no ensino médio*, Dissertação, Mestrado profissional, Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Educação/CAEd, Programa de Pós-Graduação em Gestão e Avaliação da Educação Pública, 2013.

Para discutir o currículo no ensino médio, no Brasil, Ramos<sup>8</sup> faz um recuo à década de 1990, pela peculiaridade histórica e impacto marcante que teve nos anos subsequentes, no tocante à configuração de um modelo peculiar de política educacional. Desse período, a autora destacou a necessidade de reestruturação das políticas nacionais dentro de uma lógica produtivista como suposta estratégia para a sobrevivência dos países no capitalismo global.

Aprovada em 1996, a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB 9.394/96), resgata o texto da Constituição de 1988 e focaliza o ensino fundamental como direito público subjetivo<sup>9</sup> do cidadão e única etapa do ensino obrigatório, gratuita e dever do Estado. Essa estratégia se opõe à construção de um Sistema Nacional de Educação e, no período, portanto, o ensino médio acabou passando apenas para o papel de figurante na política oficial brasileira voltada para educação básica.

Apenas a partir da Lei Federal n.º 12.061/09, o inciso II do art. 4 foi alterado e, em consequência, o ensino médio passou a ser dever do Estado como educação escolar pública, com garantia de universalização e gratuidade. Nesse percurso, destacamos, a inclusão das áreas de Filosofia e Sociologia (incluídos pela Lei Federal n.º 11.684/08) como conteúdos fundamentais para o desenvolvimento da cidadania<sup>10</sup>; bem como a Lei Federal n.º 11.645/08<sup>11</sup>, que tornou obrigatório o ensino dos componentes de História e de Cultura Afro-brasileira e Indígena a serem tratados de forma transversal, independente do formato flexível e disciplinar do currículo.

### **3. Pesquisa-ação: Prática pedagógica na escola de referência**

O presente trabalho é caracterizado como uma pesquisa-ação, visto que essa estratégia metodológica corresponde a um modo de conceber e de organizar uma pesquisa social de finalidade prática de acordo com as exigências próprias da ação e da participação dos atores da situação pesquisada. Tal conceito se adequou a este estudo por ambos terem a intenção de superar a lacuna entre teoria e prática, no sentido de que torna-se possível intervir de modo inovador já no decorrer do próprio processo e não apenas como possível consequência de uma recomendação na etapa final da pesquisa.

---

<sup>8</sup> Ramos, Géssica Priscila. *De figurante da Educação Básica à coadjuvante na Política Educacional brasileira: o ensino médio nos últimos dez anos*. In Jeffrey, Débora Cristina e Aguilar, Luis Enrique (orgs.). *Política Educacional brasileira: análises e entraves*. Campinas, SP: Mercado das letras, 2012.

<sup>9</sup> LDB 9.394/96 Art. 5º.

<sup>10</sup> Resolução do CNE/CEB n.º 4 de 2006.

<sup>11</sup> Assinada pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Ao se referir às exigências científicas da pesquisa-ação, Thiollent esclarece que consideramos que a pesquisa-ação não é constituída apenas pela ação ou pela participação. Com ela é necessário produzir conhecimentos, adquirir experiência, contribuir para a discussão ou fazer avançar o debate acerca das questões abordadas”. Quanto à participação, o autor pontua que isso é uma questão de terminologia acerca da qual não há unanimidade, destacando que sua posição “consiste em dizer que toda pesquisa-ação é de tipo participativo: a participação das pessoas implicadas nos problemas investigados é absolutamente necessária<sup>12</sup>.

### 3.1. A Escola de Referência em Ensino Médio

Para apresentar o campo de pesquisa, inicialmente, utilizaremos fragmentos do Projeto Político Pedagógico da escola (PPP)<sup>13</sup> 2013/2014, considerando que, no período de 2015/2016, conforme posicionamento da gestão, o projeto estava passando por revisão e pela apreciação dos diferentes colegiados. O PPP da escola foi construído em 2011/2012, e, no período anterior, que data de 2006 a 2010, a escola, conforme orientação da Educação Integral<sup>14</sup>, adotava “o planejamento estratégico, que dá as bases para o Plano de Ação - PA<sup>15</sup>, aplicado à área educacional”, experiência desenvolvida nas Escolas de Referência<sup>16</sup> desde que foram criadas, inicialmente, como centros de ensino, pela socióloga Ivaneide Lima (2011)<sup>17</sup> – atualmente, a escola adota os dois documentos de forma complementar.

O planejamento estratégico partiu da Tecnologia Empresarial Odebrecht (TEO) que, segundo o professor Antônio Carlos Gomes da Costa, “é mais que um sistema de gestão: ‘é um modelo de educação empresarial baseado em uma filosofia de vida’<sup>18</sup>. Esse planejamento, ao ser introduzido nos centros experimentais de ensino, considera o lado sócio-educacional e vai agregar-se à proposta de educação

---

<sup>12</sup> Thiollent, Michael. *Metodologia da...*

<sup>13</sup> Segundo Veiga (1995) O Projeto Político Pedagógico da Escola deve dá indicações necessárias à organização do trabalho pedagógico, que inclui o trabalho do professor na dinâmica da escola.

<sup>14</sup> Sugerimos a leitura do livro “Educação Integral no Brasil: inovações em processo” de Moacir Gadotti, impresso pela Editora e Livraria Instituto Paulo Freire. O livro traz, também, uma reflexão sobre os princípios da Educação Integral, Integrada, Integradora e em Tempo Integral.

<sup>15</sup> O Plano de Ação trata da operacionalidade, dos meios e dos processos que dão corpo às diretrizes traçadas. É estratégico, dá as diretrizes e serve de base à construção dos instrumentos operacionais. É um veículo para o exercício da delegação, gradual e planejada. Todos os educadores, não só professores, elaboram seus programas individuais, detalhando as ações a serem desenvolvidas.

<sup>16</sup> Sugerimos a leitura do livro “Educação Integral no estado de Pernambuco: uma política para o ensino médio”, constante no referencial bibliográfico deste trabalho.

<sup>17</sup> Dutra, Paulo Fernando de Vasconcelos. *Educação integral...*

<sup>18</sup> Lima, Evaneide Áurea. *TEAR - Tecnologia empresarial aplicada à Educação: gestão e resultados*. Recife: Livro Rápido, 2009, p. 20.

interdimensional que recai sobre o protagonismo juvenil, a pedagogia da presença e nos quatro pilares da educação ou aprendizagens fundamentais contidas no Relatório Jacques Delors, passando a ser denominado de Tecnologia Empresarial Sócio Educacional (TESE), sendo, em 2006, “incluída na formação dos gestores”<sup>19</sup>.

Feito essas observações, retornamos ao PPP da escola em que consta, quanto à localização, que

A Escola de Referência em Ensino Médio de Garanhuns – EREM GARANHUNS, com nome em homenagem à referida cidade, fica localizada à Rua Ernesto Dourado, 82 - Bairro de Heliópolis - polo próspero para o comércio, eventos culturais e centro educativo onde podemos encontrar escolas de Educação Básica, Educação Especial, Faculdades, cursinhos e as mais significativas escolas particulares da região [...]. O município de Garanhuns é famoso por ser o maior centro de captação de leite de Pernambuco, bem como, da pecuária de corte. “Garanhuns possui 135.138 mil habitantes, segundo o levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE 2013), com uma concentração urbana de 88,00% dos habitantes, e uma área territorial de 472,46 km<sup>2</sup>. Localizado no Planalto da Borborema, distante 230 km da capital do Estado, Recife. Possui uma boa cultura turística fortalecida pelo dinamismo da Secretaria de Turismo, por uma ampla rede de empresas prestadoras de serviços e de hotéis voltados, pelos eventos de capacitação setorial realizados na cidade, pela existência de um clima ameno e pela abundância e qualidade de suas águas<sup>20</sup>

A escola, portanto, fica localizada em um bairro próspero que se apresenta como possibilidade e com ambientes e espaços favoráveis à aprendizagem e desenvolvimento dos estudantes. No entanto, a escola não possui uma comunidade própria, em sua maioria, seus estudantes são de bairros periféricos e de locais circunvizinhos – a maioria dos jovens que mora próximo à escola estuda em escolas particulares do bairro. Atualmente, alguns estudantes da rede particular conseguem vaga na escola, poucos, pois, mesmo a procura sendo grande, a prioridade de matrícula é para o estudante da rede pública. Quanto ao contexto de criação e funcionamento, temos:

Vinculada à Secretaria de Educação Profissional e sob a jurisdição da Gerência Regional de Educação do Agreste Meridional, ambos da Secretaria de Educação do Estado de Pernambuco, a escola foi criada, considerando o Decreto nº 26.307 de 15

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>20</sup> EREM Garanhuns. Projeto Político Pedagógico. 2013-2014.

de janeiro de 2004 que criou o Programa de Desenvolvimento dos Centros de Ensino Experimental, pelo Decreto 28.473 de 11 de outubro de 2005, assinado pelo então Governador Jarbas Vasconcelos, como Centro de Ensino Experimental de Garanhuns – CEEG (inaugurado em 2006, pelo Governador Mendonça Filho). Decreta ainda que a Unidade escolar a que o Decreto se refere funcionará em prédio cedido, com localização à Rua Capitão Pedro Rodrigues, nº 105, Bairro São José, Garanhuns, com ensino médio (PPP, 2013/2014).

Em 2008, a escola iniciou suas atividades, conforme o parágrafo único da Lei Complementar nº 125 de 10 de julho de 2008, como Política Pública de Educação Integral e foi criada para funcionar com uma estrutura de grande porte, visando o que equivale a dezoito turmas do ensino médio e atendimento a 810 estudantes<sup>21</sup>. Entretanto, não havendo estrutura para comportar tal agrupamento de pessoas a instituição, em 2014, o quadro de professores e estudantes teve de ser reduzido de forma que fosse possível de a escola funcionar em um único local.

Observamos, portanto, que a escola tem passado, desde a sua criação, por períodos de desassossegos estruturais sucessivos e, no momento atual, aguarda uma decisão governamental em torno de um prédio próprio.

### **3.2. A prática pedagógica: Círculos de Diálogo**

O processo de pesquisa se deu, inicialmente, a partir da solicitação para realização do trabalho na escola, feita ao conselho escolar. Assinada a carta de anuência, foi realizado um convite ao total do coletivo de professores da escola. Na ocasião, foi apresentada a proposta da pesquisa-ação, tendo o objeto de estudo esclarecido, e realizou-se o convite de livre participação para aqueles que tivessem interesse em se envolver na pesquisa por prática ou afinidade com a temática da Educação em Direitos Humanos em âmbito escolar.

Oito professores aceitaram a proposta, além da presença da pesquisadora e do professor orientador, entre os/as quais eram cinco mulheres e três homens, sendo: uma professora de Espanhol que leciona Espanhol e Letramento Literário (em todas as turmas); uma professora formada em Pedagogia, que leciona os componentes curriculares, História e Educação em Direitos Humanos (em todas as turmas); uma professora licenciada em História e Letras que leciona História, Filosofia (em todas as

---

<sup>21</sup> Dutra, Paulo Fernando de Vasconcelos. *Educação integral...*

turmas) e Língua Portuguesa (em uma turma); uma professora de Língua Portuguesa, um professor formado em Arte Educação que leciona Artes e Fruição das Artes (em todas as turmas), um professor licenciado em Letras que leciona Língua Portuguesa, uma professora que leciona Biologia e um professor que Leciona Biologia.

Os dados da ação incidem sobre esses encontros que foram denominados, pela professora de Filosofia, de “Círculos de Diálogo”, em torno das vivências da Educação em Direitos Humanos e suas possíveis referências aos documentos oficiais que a norteiam, principalmente, a partir do PNEDH, DNDH, OCDH-PE, bem como, identificar possíveis ações para o seu aprimoramento.

No primeiro Círculo de Diálogo, a conversa foi iniciada com apresentação da pesquisadora, destacando os objetivos do projeto e a presença do orientador. Seguiu-se com as apresentações individuais dos presentes, destacando nome, formação e componentes curriculares que leciona na escola. Para identificar o interesse do grupo e convivência com a temática, foi lançado, informalmente, dois questionamentos sobre a presença e o papel da Educação em Direitos Humanos na escola, em torno dos quais, em forma de tempestade de ideias, o diálogo foi se estabelecendo e os professores se posicionaram sobre a temática. Desse momento, destacamos os seguintes posicionamentos: 1) A Educação em Direitos Humanos tem sido trabalhada nas atividades sobre a violência contra a mulher; 2) O projeto “Marias do Brasil” de Arte com o Núcleo de estudos de Gênero; 3) A temática da Educação tem sido inclusa nos temas das redações e produções textuais da escola: como sexualidade, a questão dos homossexuais e homofobia, o assédio ideológico por parte de alguns grupos, em questões sobre os agrupamentos humanos e a natureza, o respeito às diferenças e a questão do ser e do ter no capitalismo; questões sobre as religiões, aborto, idosos e convivência; 4) Há estudantes que escondem sua condição social negando sua identidade e condição financeira da família; e 5) Há respeito pelos homossexuais na escola como exemplo de convivência positiva.

Do encontro, podemos inferir que a professora que trabalha com EDH como componente curricular se posicionou com mais propriedade, em alguns momentos, que os demais; nas atividades citadas, todos os professores presentes estiveram envolvidos; e não há referência, na fala dos professores, ao PNEDH ou qualquer outro documento orientador.

No segundo Círculo de Diálogo, terminamos por refletir, junto aos professores, sobre as práticas da EDH na escola, uma vez que alguns professores

trouxeram exemplos das atividades que realizam na escola junto aos estudantes e que contemplaram a EDH. Assim, toda conversa aconteceu em torno do resgate dessas atividades. Do encontro, destacamos os posicionamentos dos professores e sistematizamos as informações que surgiram das lembranças, dos depoimentos e das evidências surgidas durante o diálogo, no sentido das práticas da EDH na escola, especialmente sobre a mulher na sociedade, tema de maior frequência na fala dos professores.

Por sua vez, o terceiro Círculo de Diálogo aconteceu no sentido de atender a uma das solicitações anteriores: refletir com o grupo fundamentos dos direitos humanos, da EDH e do PNEDH. Foi realizado das 8h às 12h e, para tal encontro, todos os professores da escola foram convidados por solicitação dos sujeitos da pesquisa que compreenderam que o momento seria interessante para todos. Realizado o convite, doze professores estiveram presentes e foram apresentadas justificativas para as ausências: dois professores de licença e quatro em atividades em outra escola.

Da discussão, ficou a conclusão de que os direitos humanos tratam da vida e nenhum professor se opôs a ideia. “Educar em Direitos Humanos é perceber o sentido da vida, a beleza da vida, celebram a vida” (Prof. 1). Além disso, surgiu, a partir dos estudos, por parte de alguns professores sujeitos da pesquisa, o desejo de realizar, na escola, uma atividade que pudesse envolver toda equipe e tivesse, como eixo integrador, a Educação em Direitos Humanos.

No quarto Círculo de Diálogo, ficou acertado que a atividade seria a I Mostra de Cultura Latino-americana da escola. A proposta foi pensada pelos professores e resultou em uma seleção de conhecimentos e atitudes para serem trabalhados e desenvolvidos em torno do questionamento e da busca de construção de uma resposta: “Somos todos irmãos?”. A atividade teve o objetivo de discutir e combater a xenofobia, construir identidades, além de desenvolver a solidariedade e o respeito e foi pensada no sentido de um ser projeto interdisciplinar. Alguns acordos foram feitos entre as turmas e os professores, entre os quais se encontram os seguintes pontos:

- Cada turma destacaria aspectos históricos, geográficos e artístico/culturais (costumes, culinária, musicalidade e dança) do país sorteado relacionando-os ao Brasil e realizaria pesquisas, em diferentes fontes, para fundamentar os trabalhos e produções; que o trabalho teria sua culminância na escola;

- A escola estaria aberta ao público, que viria de escolas integrais do Agreste Meridional;
- Toda turma deveria organizar, para o segundo dia da Mostra, uma apresentação cultural/folclórica do país sob sua responsabilidade bem como uma dança contemporânea representando assim os costumes atuais da cultura latina relacionando-a ao nosso contexto cultural;
- A avaliação seria realizada pelos professores de forma sistemática ao longo do processo de organização, produção e apresentação dos grupos, considerando: compromisso com a atividade, aprofundamento dos estudos teóricos, qualidade das apresentações com destaque para o conteúdo e o discurso, qualidade dos aspectos estéticos e visuais, perfil de entrosamento do grupo

Por fim, o último Círculo de Diálogo foi realizado logo após a culminância do projeto, com os oito professores envolvidos diretamente na sua realização e sujeitos da pesquisa<sup>22</sup>. Nesse momento, houve uma conversa aberta sobre como o grupo avaliou o trabalho realizado e pudemos observar a importância da Educação em Direitos Humanos nas escolas e da participação ativa dos professores, dos alunos e da comunidade.

Segundo Tavares<sup>23</sup>, partindo do entendimento de que discurso e prática devem ser coerentes e estão imbricados e dirigidos a fim de desenvolver uma cultura de direitos humanos, o essencial é realizar a EDH por meio de uma prática que contribua para o empoderamento individual e coletivo do sujeito, provocando uma mudança de postura social e cultural e estimulando o desenvolvimento de ações. Dessa forma, ratificamos que o desenvolvimento e vivência do projeto em que se buscou discutir as culturas, os direitos humanos, a ética, a responsabilidade, o respeito e tantos outros tópicos foi de extrema importância para repensar fatos e ações que muitas vezes acabam passando despercebidos na escola. Além disso, constatamos que, mesmo que não haja completo consenso acerca dos direitos humanos, isso não impede que a escola compreenda e vivencie o processo de entendimento do valor da Educação em Direitos Humanos.

---

<sup>22</sup> Grupo de professores que assinou o Termo de livre consentimento e livre esclarecido.

<sup>23</sup> Tavares, Celma. *A política de Educação em Direitos Humanos na rede pública estadual de Pernambuco: um processo em construção*. Seminário 26/ANAPE, 2013.

#### **4. Considerações finais**

O presente trabalho teve como objetivo discutir acerca dos reflexos, na prática pedagógica, da inserção da EDH em diferentes modos no currículo escolar. Seu objeto demanda a discussão sobre três categorias: Educação em Direitos Humanos, Currículo e prática pedagógica, por meio da pesquisa-ação que apresentou os resultados das ações de investigação e intervenção e analisou as vivências no cotidiano escolar, buscando aproximações ou distanciamentos na prática pedagógica com os documentos oficiais que a norteia.

Sob a perspectiva dos estudos de reconhecimento da literatura produzida na área, observamos o quanto a Educação em Direitos Humanos vem se consolidando tanto no campo dos documentos legais norteadores do currículo, quanto no da produção intelectual e o embate teórico com influência de autores latino-americanos configurou a Educação em Direitos Humanos como uma área educacional em ascensão no Brasil.

Por sua vez, a partir da avaliação dos professores, nos foi possível ratificar que o desenvolvimento e a vivência do projeto foi de extrema importância para repensar fatos e ações que muitas vezes acabam passando despercebidos na escola. Não obstante, constatamos que, mesmo que não haja completo consenso acerca dos direitos humanos, isso não impede que a escola compreenda e vivencie o processo de entendimento do valor da Educação em Direitos Humanos. Entretanto, salientamos que, para isso, é necessário que haja a devida formação, em serviço, para os educadores a fim de que esses não apenas ampliem sua compreensão sobre a educação em/para os direitos humanos, como também a função social da escola conforme os reclames do nosso tempo e dos marcos legais que a orientam. Assim, a escola torna-se efetivamente um local de direitos e deveres, no qual todos – educadores e educandos – são vistos e respeitados como sujeitos de direitos em condições de respeito à igualdade e à diferença.

#### **Referências Bibliográficas**

Benevides, Maria Vistoria. *Educação em Direitos Humanos: de que se trata?*. Palestra de abertura do Seminário de Educação em Direitos Humanos, São Paulo, 2000.

- Dutra, Paulo Fernando de Vasconcelos. *Educação integral no estado de Pernambuco: uma realidade no ensino médio*, Dissertação, Mestrado profissional, Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Educação/CAEd, Programa de Pós-Graduação em Gestão e Avaliação da Educação Pública, 2013.
- EREM Garanhuns. Projeto Político Pedagógico. 2013-2014.
- Lima, Evaneide Áurea. *TEAR - Tecnologia empresaria aplicada à Educação: gestão e resultados*. Recife: Livro Rápido, 2009.
- Ramos, Géssica Priscila. De figurante da Educação Básica à coadjuvante na Política Educacional brasileira: o ensino médio nos últimos dez anos. In Jeffrey, Débora Cristina e Aguilar, Luis Enrique (orgs). *Política Educacional brasileira: análises e entraves*. Campinas, SP: Mercado das letras, 2012.
- Tavares, Celma. *A política de Educação em Direitos Humanos na rede pública estadual de Pernambuco: um processo em construção*. Seminário 26/ANAPE, 2013.
- Thiollent, Michel. *Metodologia da Pesquisa-ação*. 7ª edição. Editora São Paulo: Cortez, 1996.



**RESILIÊNCIAS E NOVAS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS  
EM ALUNOS(AS) DO ENSINO FUNDAMENTAL:  
ANÁLISE TEÓRICA DO CURSO GÊNERO E DIVERSIDADE NA ESCOLA**

**RESILIENCE AND NEW SOCIAL REPRESENTATIONS IN STUDENTS  
OF BASIC EDUCATION: THEORETICAL ANALYSIS  
OF THE COURSE GENDER AND DIVERSITY AT SCHOOL**

Carla Marina Neto das Neves Lobo  
*Universidade Federal Fluminense*

**Resumo:** Este trabalho provém do Projeto do Doutorado encaminhado ao Programa de Estudos Pós-Graduados em Política Social da Universidade Federal Fluminense aprovado no processo seletivo em 2015. Em razão da importância política e social, levantamos a seguinte questão norteadora: como discutir gênero e diversidade na escola a fim de (re) pensar novas representações sociais e promover resiliências em um ambiente escolar? Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica a Base de Dados SciELO, no período de 2005 a 2016, visando analisar artigos que registram o debate em torno do Curso Gênero e Diversidade na Escola oferecido a professores e professoras que atuam no ensino fundamental, na modalidade a distância, desenvolvendo as temáticas gênero, sexualidade, orientação sexual e relações étnico-raciais.

**Palavras-chave:** Curso Gênero e Diversidade na Escola; Formação Continuada de Professores/as; Resiliências e Representações Sociais.

**Abstract:** This work comes from the PhD Project forwarded to the Post-Graduate Studies in Social Policy Fluminense Federal University approved in the selection process in 2015. Because of the political and social importance, we raise the following guiding question: how to discuss gender and diversity in school in order to (re) consider new social representations and promote resilience in a school setting? Therefore, literature search was performed SciELO database, in the period 2005-2016 in order to analyze articles recorded the debate on the Course Gender and Diversity in School offered to teachers who work in primary education, modality distance, developing thematic gender, sexuality, sexual orientation and ethnic-racial relations.

**Keywords:** Travel Gender and Diversity in School; Continuing Teacher Training/the; Resilience and Social Representations.

## **1. Introdução**

A década de 1980 é marcada pela abertura política no Brasil e por fortes tensões ideológicas entre grupos que compunham a burocracia estatal e grupos de esquerda. As tensões se davam até mesmo dentro dos próprios grupos de esquerda e de direita. Em curso, havia o pensamento neoliberal que propunha sugestões de como deveria ser a participação do Estado na proteção social.

O início da década de 1990 foi marcada por uma profunda crise financeira do Estado brasileira, que teve uma enorme repercussão nas políticas sociais. Para Tavares e Belluzzo<sup>1</sup> o ajuste fiscal, com abertura financeira, proposto pela cartilha neoliberal tornou-se incompatível a universalização das políticas sociais. Foi necessário alocar recursos de arrecadação federal das contribuições sociais para produzir superávits fiscais exigidos pelo Fundo Monetário Internacional (FMI). O governo deu início a programas de reformas que desmantelaram a burocracia estatal e os direitos sociais consagrados pela Constituição Federal (CF) de 1988. Houve um crescimento no endividamento público e privado com consequente enfraquecimento e fragilidade no financiamento do setor público nacional.

É exatamente nesse cenário marcado por reajuste fiscal que é implementada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) nº 9.394/96 e o Plano Nacional de Educação (PNE). É nesse contexto que a CF/88 reafirmava a obrigação do Estado em elaborar uma série de documentos que servissem de parâmetro para orientar as práticas educativas. Entre eles os Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN) foram distribuídos pela Secretaria de Educação Fundamental do MEC, em 1998, a uma parcela significativa de professores(as) em todo o território brasileiro. Mesmo recebendo muitas críticas por parte de educadores(as) e pesquisadores(as) os PCN apresentam um avanço ao introduzir os temas transversais Pluralidade Cultural e Orientação Sexual, oficializando, assim, o debate no currículo escolar em torno da diversidade e de gênero e sexualidade. No entanto, essa inclusão não garantiu a superação das dificuldades anteriormente percebidas na formação inicial e continuada dos profissionais de educação, no sentido de assumirem o papel de multiplicadores aprofundando as discussões em torno dos problemas sociais relacionados às temáticas gênero, sexualidade, orientação sexual, raça e etnia, no cotidiano escolar.

A proposta acaba por fortalecer a perspectiva de subordinação dos termos gênero e sexualidade ao trinômio corpo x saúde x doença assumindo a Orientação Sexual o caráter meramente informativo e regulador. Neste sentido, as críticas ao documento se voltam à polarização entre Orientação Sexual e Educação Sexual e acaba distanciando as pessoas que assumem o papel de educar, ensinar e/ou orientar, no interior da escola, do debate em torno das próprias concepções, valores, crenças e costumes. Assuntos como homossexualidade, discriminação e invisibilidade da população LGBT não são mencionados nos PCN enfatizando a sexualidade à heterossexualidade.

---

<sup>1</sup> Tavares, Maria da Conceição; Belluzzo, Luiz Gonzaga. “A mundialização do capital e a expansão do poder americano”. In: Fiori, J.L. (Org.). *O poder americano*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2000, p. 111-138.

Nos anos finais do século XX e início do XXI vamos perceber avanços importantes no panorama social, político e educacional passando a dar visibilidade às demandas em torno da constituição de políticas públicas voltadas à diversidade. A aprovação do 1º Plano Nacional de Educação (PNE), Lei nº 10.172 para o decênio 2001-2010 aponta para a necessidade de qualificação profissional dos/as professores/as que atuam no sistema de ensino brasileiro, público e privado, em todas as regiões do Brasil visando atender ao que estabelece no Art. 61, incisos I, II e III do *caput* da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) nº 9.394/96. A Lei nº 13.005, PNE 2014-2024, reafirma o estabelecimento de metas para a “erradicação de todas as formas de discriminação, e a promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos e à diversidade”<sup>2</sup>.

O PNE 2001-2010 encontra na Educação a Distância (EAD) o instrumento que faltava para contribuir com a política de formação de professores por meio da implantação de Programas que oferecem cursos à distância. A LDB/96 propõe a partir de 2002 o Pró Licenciatura – atualmente desenvolvido pela Universidade Aberta do Brasil (UAB)<sup>3</sup> oferecendo Cursos de Licenciatura a Distância com bolsa de estudos; em 2009 lança o Plano Nacional de Formação dos Professores da Educação Básica (PARFOR)<sup>4</sup> como um plano estratégico de formação inicial e continuada dos professores que atuam nas escolas públicas de Educação Básica. São oferecidos cursos, nas modalidades presencial e a distância, em colaboração com as Secretarias de Educação Estaduais e Municipais e instituições públicas de ensino superior.

Como iniciativa da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres (SPM/PR), por meio da parceria entre a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR/PR), a Secretaria de Educação a Distância (SEED/MEC), a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (SECAD/MEC) e o Centro Latino Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (SLAM/UERJ), em 2005, estruturou-se o Programa Gênero e Diversidade na Escola visando a formação continuada de professores/as e gestores/as da Educação Básica nas temáticas gênero, sexualidade, orientação sexual e relações étnico-raciais.

---

<sup>2</sup> Brasil. *Lei nº 13.005*, de 25 de junho de 2014. Estabelece o Plano Nacional de Educação - PNE para o decênio 2014-2024 e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2014.

<sup>3</sup> Criada em 2005 com a função de organizar as políticas, os programas e as ações direcionadas à formação e à expansão da formação inicial e continuada de professores. (Verdum, Priscila de Lima; Giraffa, Lucia; Machado, Vivian Guidotti. *Formação de professores da educação básica na modalidade EAD: contexto, bases legais, pressupostos e desafios*. X ANPED Sul, Florianópolis, out. de 2014, p.01-16.).

<sup>4</sup> Implementado pela Comissão de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Tem a função de consolidar a Política Nacional de Formação de Professores, instituída pelo Decreto nº 6.755/2009.

Nestes termos, o Programa vem atender aos objetivos e metas estabelecidos pelo Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, como por exemplo: Objetivo Geral: “Consolidar na política educacional as perspectivas de gênero, raça, etnia, orientação sexual, geracional, das pessoas com deficiência e o respeito à diversidade em todas as suas formas, de modo a garantir uma educação igualitária e cidadã”; Objetivo Específico: “Eliminar conteúdos sexistas e discriminatórios e promover a inserção de temas voltados para a igualdade de gênero e valorização das diversidades nos currículos, materiais didáticos e paradidáticos da educação básica”; Meta: “Formar até 140 mil profissionais da rede pública de educação nas temáticas de gênero, étnicas, raciais e de orientação sexual por meio do Programa Gênero e Diversidade na Escola”<sup>5</sup>.

Como Plano de Ação o Programa Gênero e Diversidade na Escola implementa o Curso de Extensão ou de Atualização com carga horária de 200h, “Gênero e Diversidade na Escola (GDE)”. Ou ainda oferecido na modalidade Pós Graduação Lato Sensu com carga horária de 360h/a.

Relacionando o PNPM e os PNE, como políticas de Estado, identifica-se o campo do magistério como *locus* propício para a afirmação da cidadania das mulheres, assim como se define o/a professor/a como sujeito multiplicador de tais políticas no âmbito da escola por ser agente direito na “inclusão das questões de gênero, raça e etnia nos currículos escolares, além do reconhecimento e a busca de formas que alterem as práticas educativas, a produção de conhecimento, a educação formal, a cultura e a comunicação discriminatórias.” O PNPM traça quatro linhas de ação. Nosso estudo volta-se para a ação “Educação inclusiva e não-sexista” que objetiva, entre outros objetivos,

incorporar a perspectiva de gênero, raça, etnia e orientação sexual no processo educacional formal e informal; garantir um sistema educacional não discriminatório, que não reproduza estereótipos de gênero, raça, etnia; (...) promover a visibilidade da contribuição das mulheres na construção histórica da humanidade; (...) <sup>6</sup>.

Entre as finalidades definidas pelo PNPM destaca-se “promover ações no processo educacional para a equidade de gênero, raça, etnia e orientação sexual”<sup>7</sup>. Contextualiza, portanto, uma perspectiva de intervenção do Estado na formação continuada de

---

<sup>5</sup> Brasil. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013-2015.

<sup>6</sup> Idem. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2005.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

professores/as da educação básica visando incorporar a política de gênero, raça, etnia e orientação sexual no processo educacional.

De acordo com o modelo de política social brasileira adotado nas últimas décadas a garantia da oferta de bens e serviços se dará por meio de programas e ações do Estado na implementação de um conjunto diversificado de políticas públicas setoriais e transversais. A igualdade de gênero como uma política transversal, “é, ao mesmo tempo, um construto teórico e um conjunto de ações e práticas políticas e governamentais”, como previsto no PNM, 2013-2015. Ressalta-se, o objetivo da política social quanto à *promoção social* volta nossa atenção para a política setorial de educação sustentando a premissa que a qualificação docente por meio de Programas que privilegiem políticas transversais precisa ser considerada para a superação de preconceitos, à medida que amplia o número de sujeitos multiplicadores do entendimento das estruturas e dinâmicas sociais que se mobilizam na produção de desigualdades presentes na história da formação da cultura brasileira. Assim, “a transversalidade das políticas de gênero constitui uma nova estratégia para o desenvolvimento democrático como processo estruturado em função da inclusão sociopolítica das diferenças tanto no âmbito privado quanto no público;(...)”<sup>8</sup>.

Nestes termos, a gestão da transversalidade possibilita a reorganização de políticas públicas e de instituições na incorporação da perspectiva de gênero em todas as ações de Estado. Compreendendo a escola como um espaço rico de diversidades, defende-se a ideia de que, “é no ambiente escolar que as diversidades podem ser respeitadas ou negadas. É da relação entre educadores/as, entre estes/as e os/as educandos/as e entre os educandos/as que nascerá a aprendizagem da convivência e do respeito à diversidade”<sup>9</sup>.

Neste estudo há de se ressaltar a promoção social voltando nossos olhos para a política educacional sustentando a premissa que a educação da população é ferramenta fundamental – não a única – para o desenvolvimento de um país à medida que amplia “habilidades, capacidades e inclusão produtiva da população”<sup>10</sup>. Potencializa, assim, a participação no debate em torno das questões sociais, econômicas e políticas do país.

---

<sup>8</sup> Idem. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013-2015.

<sup>9</sup> Carrara, Sergio. Educação, diferença, diversidade e desigualdade. IN: *Gênero e diversidade na escola: formação de professoras/es em Gênero, Orientação Sexual e Relações Étnico-Raciais*. Livro de conteúdo. Versão 2009. Rio de Janeiro: CEPESC; Brasília: SPM, 2009, p.33.

<sup>10</sup> Castro, J.A. Política de e desenvolvimento no Brasil. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 21, Número Especial, p. 1016, dez. 2012.

Ao considerar as inúmeras questões postas em torno do tema da educação, sua complexidade e correlação com os fatores sociais, políticos e econômicos, para o desenvolvimento deste trabalho optou-se por priorizar as discussões dos grandes desafios da política educacional brasileira do século XXI: a formação continuada de professores(as). Em razão da importância política e social do “Curso Gênero e Diversidade na Escola”, questiona-se: como discutir gênero e diversidade na escola a fim de (re)pensar novas representações sociais e promover resiliências em um ambiente escolar? O objetivo deste artigo é mapear e analisar os artigos publicados na base de dados da SciELO, que registram o debate em torno do Curso Gênero e Diversidade na Escola (GDE) oferecido na modalidade a distância a professores(as) que atuam na rede pública de ensino desenvolvendo as temáticas gênero, sexualidade, orientação sexual e relações étnico-raciais. A análise dos títulos identificados no levantamento bibliográfico possibilita (re)pensar a prática docente diante de novas representações sociais e na promoção de resiliências no ambiente escolar.

## **2. Método**

Trata-se de um estudo exploratório descritivo, com abordagem qualitativa de caráter bibliográfico à Base de dados da SciELO (Scientific Electronic Library Online), no período de 2005 a 2016. A busca das obras indexadas foi realizada por meio do uso do descritor entre aspas “Gênero e Diversidade na Escola”. O levantamento bibliográfico foi realizado nos meses de julho a agosto de 2016 mediante pesquisa eletrônica.

Para a coleta de dados, foram empregados os seguintes critérios de inclusão: apresentar o descritor no título, resumo ou introdução, ter sido publicado dentro do recorte temporal de 2005 a 2016; encontrar-se no idioma português; apresentar as informações necessárias para o registro de uma referência bibliográfica de acordo com as normas da ABNT: autor, título, local de publicação e ano. Foi realizada a leitura de todos os resumos dos artigos selecionados e no caso de livros, monografias, dissertações e/ou teses, lidas as respectivas introduções, e, posteriormente, a leitura na íntegra daqueles que atenderam aos objetivos da pesquisa. Após o refinamento o conjunto de obras analisadas concentra 70 títulos constituindo a bibliografia potencial. Elas acompanham o debate das políticas públicas em torno da formação continuada de professores(as) da educação básica, enfatizando a reflexão em torno das temáticas gênero, orientação sexual e sexualidade, questões étnico-raciais no interior da escola identificando formas de preconceito e

discriminação e ações promovidas por docentes visando o acolhimento das diversidade por meio do respeito e convivência.

Os títulos analisados revelam que 78,57% das publicações analisadas são caracterizadas por pesquisas empíricas, e 21,42 % constituem de revisão bibliográfica. As pesquisas empíricas registram reflexões em torno da formação continuada dos cursistas do GDE, além de apontarem para o potencial que os professores/as assumem no interior da escola em torno das questões de gênero, relações étnico-raciais e orientação sexual e sexualidade. A leitura integral dos artigos possibilitou obter um panorama dos estudos contribuindo para registrar as reflexões em torno do “Curso Gênero e Diversidade na Escola” além de fazer um levantamento sobre representações e resiliências no cotidiano escolar.

### **3. Representações Sociais e Resiliências**

A reflexão promovida nos títulos analisados insere o Curso Gênero e Diversidade na Escola no campo da compreensão em torno dos processos de naturalização das diferenças, étnico-raciais, de gênero ou de orientação sexual, que marcaram os séculos XIX e XX, vinculou-se à restrição do acesso à cidadania a negros, indígenas, mulheres e homossexuais possibilitando a compreensão das implicações éticas e políticas de diferentes posições sobre os temas, além de nos fazer perceber a adoção dos discursos homofóbicos, misógenos ou sexistas e racistas como política do Estado. Emerge o retrato do cidadão, considerado ideal: homem, branco e heterossexual. Os demais são desvalorizados, considerados subcidadãos e/ou subcidadãs.

A tentativa de resgatar a história e possibilitar o acesso de todos(as) à cidadania de fato é um dos grandes desafios que se coloca para o Estado nos anos 80 – para os que ainda não desistiram de ver no Estado um instrumento de democratização educacional.

As novas gerações do final do século XX estão diante de uma sociedade consumista, autoritária que convive com o desperdício e a miséria impondo, a uma grande parcela da população, uma situação de violência através da fome, do desrespeito às diferenças, da expropriação da identidade, do fortalecimento da discriminação e racismo, submetidos a processos de estigmatização e marginalização, gerando, “anestesia histórica”, em que se perde a ideia do amanhã vivendo o “aqui e agora” violento e perverso e que

reforça a ideia de que grupos discriminados “favorecem” a discriminação<sup>11</sup>. Diante desse quadro os títulos analisados apontam para o desafio da escola no novo século, no sentido de fortalecer a postura crítica das novas gerações dotadas de conhecimento e de respeito ao próximo, às diferenças e suas variações.

Assumem, portanto, a urgência de que os sujeitos – individuais e coletivos – recuperem movimentos e projetos sociais que foram impedidos e abortados em sua existência, ressignificando-os e superando os critérios de exclusão social e política e longe da construção de uma sociedade homogênea e desigual socialmente.

Autores registram as representações sociais construídas em torno da diversidade: situação da mulher na sociedade brasileira, no passado e no presente, das manifestações culturais com significados distintos ao se referirem a grupos distintos, como mulheres deficientes<sup>12</sup>; mulheres no trânsito<sup>13</sup>; professores(as) negros(as)<sup>14</sup>; surdos<sup>15</sup>; grupos LGBT<sup>16</sup>; além de conflitos sociais e escolares gerando violência<sup>17</sup>; infância<sup>18</sup>; curso de Pedagogia<sup>19</sup>.

---

<sup>11</sup> Freire, Paulo. 1995 *apud* Lobo, C. M. N. das N.. *Os PCN nas escolas e a Autonomia docente: desafios à memória educacional. Dissertação de Pós-Graduação Stricto Sensu*. Mestrado em Educação. Universidade Federal Fluminense, Niterói, 1999.

<sup>12</sup> Almeida, Welita Gomes de. *Gênero e deficiência: a exclusão social de mulheres deficientes*. II Seminário Nacional Gênero e Práticas Culturais, leituras e representações, Centro de Educação, João Pessoa, UFPB, 28, 29 e 30 de outubro de 2009.

<sup>13</sup> Souza, Marilsa Aparecida Alberto Assis. *Discutindo a relação gênero/trânsito na escola*. Rev. Triang.: Ens. Pesq. Ext. Uberaba, MG, v.3, n.1, p. 03-11, jan./jun. 2010.

<sup>14</sup> Lima, Andréa Helena de. Azarias Ribeiro de Souza e José Luís de Mesquita. *Professores negros no Sul de Minas Gerais - 1882/1954*. Dissertação – Mestrado Profissional, Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal de Lavras, Lavras, MG, 2014.

<sup>15</sup> Campos, Maria Fernanda de Arruda. *Concepção da sexualidade de estudantes surdos usuários de libras em uma escola pólo*. Dissertação, Programa de Pós Graduação da Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual de São Paulo “Julio de Mesquita Filho”, Araraquara, SP, 2015.

<sup>16</sup> Reis, Toni. *Psicologia e a questão da violência nas escolas*. Palestra apresentada em mesa temática com o mesmo título, sendo uma “Atividade Guiada – Movimentos Sociais”, na 2ª Mostra Nacional de Práticas em Psicologia, São Paulo-SP, 21/09/2012; Penalvo, Claudia; Caetano, Marcio. Gênero e Diversidade na Escola – GDE: análise de uma experiência. III Seminário Nacional de Educação, Diversidade sexual e Direitos Humanos, *Anais Eletrônicos*, Vitória, 2014; Vencato, Anna Paula. Estereótipos acerca de modelos não tradicionais de família em um curso de formação docente. *Áskesis*, v. 4, n. 1, janeiro/junho, 2015, p. 9–22.

<sup>17</sup> Filipack, A.; Costa, K.C.D. da. *Narrativas, registros, vídeos e memórias: preconceitos e violências de gênero do tempo recente nos relatos de professoras/ES – Tutoras/ES do Curso Gênero e Diversidade na Escola*. Fazendo Gênero IX, Diásporas, Diversidades, Deslocamentos, 23 a 26 de agosto de 2010; Pinto, Anamelea de Campos; Barretto, Elvira Simões. Gênero e diversidade no sistema UAB: práticas educativas de enfrentamento da cultura da violência em Alagoas. *Educ. Foco*, Juiz de Fora, v. 17, n. 2, p. 43-60, jul. / out. 2012.

<sup>18</sup> Lacerda, Alessandra Luzia Pereira de. “Gênero e infância: o recreio e práticas corporais (toque) na construção de identidades”. In: Freitas, Eliane Martins de; Martinez, Fabiana Jordão; Mendes, Lilian Marta Grisolio. *Gênero, Sexualidade e Corpo*. Goiânia: UFG/CIAR; Gráfica UFG; 2014.

<sup>19</sup> Carvalho, Maria Eulina Pessoa de; Rabay, Glória; Morais, Adenilda Bertoldo Alves de. *Pensar o currículo da educação superior da perspectiva da equidade e transversalidade de gênero e do empoderamento das mulheres: uma breve introdução*. Espaço do Currículo, v.6, n.2, p.317-327, Maio a Agosto de 2013; Carvalho, Maria Eulina Pessoa de et al.. *Inclusão da temática de gênero no curso de Pedagogia da*

As representações sociais associadas à definição de cultura: “fenômeno unicamente humana, a cultura se refere à capacidade que os seres humanos têm de dar significado às suas ações e ao mundo que os rodeia.” A cultura por ser um fenômeno coletivo, compartilhado por sujeitos por um determinado lugar e época, “vai além de um sistema de costumes; é objeto de intervenção humana, que faz da vida uma obra de arte, inventável, legível, avaliável, interpretável”<sup>20</sup>.

Falar das representações sociais e cultura é falar também do método utilizado pelos autores no desenvolvimento de seus estudos ao se referirem às histórias pessoais presentes nas narrativas dos(as) cursistas do GDE registradas nos debates promovidos no momento de entrevistas, nos fóruns, nas rodas de conversa, além dos registros nos memoriais, projetos de intervenção e relatórios finais produzidos ao final do Curso. As experiências como pesquisadores(as) e como professores(as) e tutores(as) estão presentes nas histórias dos(as) autores e/ou cursistas ao registrar percepções, receios, sentimentos, conhecimentos e práticas escolares.

Movimentos sociais – feministas, LGBT, negros, pessoas com necessidades especiais e indígenas – e Políticas Públicas específicas e articuladas reagem às representações sociais que julgam as culturas por meio de padrões culturais que reforçam o padrão predominante desconsiderando ou desqualificando as demais formas de ver e viver de outros grupos sociais. O cotidiano escolar às vezes reforça o estigma do “certo ou errado” e o estereótipo de poder, do “feio ou bonito; normal ou anormal”, ao generalizar as características de um grupo superior em detrimento dos demais, neste sentido, impondo o lugar de inferior a mulheres, gays, lésbicas, transexuais, travestis, indígenas, pessoas com necessidades especiais, negros.

A reação às representações sociais impostas ao longo da história e muito presentes na prática docente vai sendo percebida ao longo da formação dos(as) cursistas em assumirem a capacidade de serem resilientes enquanto pessoas que, em algum momento de suas vidas, estiveram diante de práticas preconceituosas e discriminatórias como agentes ou como vítimas.

---

*Universidade Federal da Paraíba: primeiros passos.* Espaço do Currículo, v.7, n.2, p.262-275, Maio a Agosto de 2014; Castro, Roney Polato de. *Experiência e constituição de sujeitos docentes: relações de gênero, sexualidade e formação em pedagogia.* Tese de Doutorado, Programa de Pós Graduação em Educação, da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014.

<sup>20</sup> GDE, Gênero e Diversidade na Escola: *formação de professoras/es em gênero, orientação sexual e relações étnico-raciais.* Livro de Conteúdo, Versão 2009, Rio de Janeiro: CEPESC; Brasília: SPM, 2009, p.22.

Essa capacidade de ser resiliente promovida pelo conteúdo do Curso GDE possibilita a cada um dos envolvidos – cursistas, tutores(as) a distância e presenciais, coordenadores(as), gestores(as) – repensarem a discriminação vivida e/ou presenciada, a negação do acesso aos direitos humanos e sociais, a negação da humanidade ao diferente, desnaturalizando as desigualdades e promovendo a reflexão em torno da igualdade de direitos, implicando em respeito, reconhecimento e valorização do(a) outro(a), ou seja, a capacidade de assumirem em suas ações diárias a alteridade.

A partir de tais perspectivas os estudos sobre o Curso GDE fundamentam o debate e defendem a escola, em particular, assumindo cada vez mais o papel de formar cidadãos/cidadãs para a valorização da diversidade. Por ser impulsionador da reflexão registra o seu potencial de (trans)formar as práticas escolares em torno das questões gênero, sexualidade e orientação sexual e relações étnico-raciais.

Docentes ao superarem a posição confortável do “silêncio”, modificam preconceitos, condições desiguais e assumem o desafio de desconstruir práticas excludentes porque vão percebendo a violência simbólica que sutilmente demarca suas ações pedagógicas legitimadas pelo *status quo* dos padrões da sociedade patriarcal que exclui as diversidades de gênero, étnico-raciais e de orientação sexual.

O Curso GDE potencializa o(a) docente e a todos os profissionais envolvidos no contexto escolar na mesa do debate diário a prática inclusiva por reconhecer a dívida histórica na abordagem dos temas gênero, raça e etnia e sexualidade. Possibilitam-lhe observar o cotidiano escolar as representações sociais que compõem esse ambiente por meio da análise das diferentes áreas de conhecimento; das imagens presentes nos livros didáticos, em murais, nas salas de aula e corredores, nas datas comemorativas; na linguagem presente nas circulares, nas propostas de atividades e nas aulas oferecidas aos discentes, no currículo/ementas.

As representações de gênero consolidam diferenças de valor entre o masculino e o feminino por meio das relações sociais construídas pelos próprios homens e mulheres ao longo da história da humanidade, portanto, em decorrência da cultura. Nestes termos, “gênero significa que homens e mulheres são produto da realidade social e não decorrência da anatomia de seus corpos”<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 39.

A discussão de Garcia<sup>22</sup> e Silva<sup>23</sup> aponta para o papel das mulheres e homens nas sociedades. Indica em seus estudos as expectativas sociais atribuídas aos modos de inserção de homens e mulheres no mundo do trabalho, assim como nas diversas situações cotidianas que reforçam as diferenças de gênero como naturais, reforçam desigualdades de oportunidades, condições e direitos gerando uma hierarquia de gênero.

Estudos entrelaçam gênero, sexo, orientação sexual e sexualidade chamando atenção que são categorias que integram a identidade pessoal de cada indivíduo, mas não decorrem uma da outra; chamam atenção que a identidade de gênero: “diz respeito à percepção subjetiva de ser masculino ou feminino, conforme atributos, os comportamentos e os papéis convencionalmente estabelecidos para homens e mulheres”<sup>24</sup>. Além disso, comprovam que o processo de socialização estabelece papéis sexuais e comportamentos esperados segundo um determinado padrão, meio social, período histórico.

Devreux revela as estruturas objetivas do mundo social ao retomar Bourdieu:

é estruturado em campos de práticas relativamente autônomas, nos quais a posição dos indivíduos é determinada em função de seus recursos e de seus capitais que provêm de diferentes ordens: econômica [renda, salários, imóveis], social [relações que podem ser convertidas em recursos de dominação], cultural [saberes e conhecimentos reconhecidos por diplomas e títulos], simbólica [aquilo que chamamos prestígio ou honra e que permite identificar os agentes no espaço social]<sup>25</sup>.

Tais campos específicos determinam a posição social dos agentes e revelam as figuras de “autoridade”, que são totalmente dependentes de sua posição social agindo de acordo com um *habitus de classe*. Nessa perspectiva, o *habitus* diz respeito às estruturas relacionais nas quais o indivíduo está inserido, possibilitando a compreensão tanto de sua posição num campo quanto seu conjunto de capitais. Essa relação de forças internalizadas – reproduzida pela sociedade e pelas instituições que a formam: família, igreja e escola – contribui para diminuir a origem do papel social delegado à mulher e ao homem no campo social.

---

<sup>22</sup> Garcia, Osmar Arruda. *O que os outros irão pensar?: discussões docentes sobre gênero e profissionalização*. Fazenda Gênero X, Desafios Atuais dos Feminismos, 16 a 20 de setembro de 2013.

<sup>23</sup> Silva, Edlene Oliveira. *Histórias possíveis: identidades e relações de gênero na escola*. Veredas da História [online], Ano V, Edição 2, 2012, p.146-166.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>25</sup> Devreux, Anne-Marie. “Pierre Bourdieu e as relações entre os sexos: uma lucidez obstruída”. In: Chabaud-Rychter, Danielle *et al.*. *O gênero nas ciências sociais: releituras críticas de Max Weber a Bruno Latour*. São Paulo: Editora Unesp; Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2014, p. 87.

Como cada campo é produto da história e ligado a um tipo de capital dominante, os agentes de luta buscam manter-se na posição de dominador ou buscam uma posição que lhes confira mais dominação diante de outros agentes presentes no campo, legitimando, assim, a busca pelo capital poder. A ordem social, nessa lógica, se constitui como polarizada. Bourdieu privilegia o social como eixo estruturante da dinâmica da sociedade em detrimento do biológico naturalizando, neste caso, a existência de papéis hierarquicamente desiguais entre os sexos, acarretando relações de dominação<sup>26</sup>.

Nesse contexto, a violência simbólica ocupa um lugar nesse processo de legitimação da dominação masculina em relação à mulher. Na medida em que o dominado se integra como parte da dominação sem ter consciência de sua própria dominação, assume uma posição pré-reflexiva em sua posição social. O autor ao voltar-se, esporadicamente, para questões relacionadas às diferenças de sexo, discute a divisão do trabalho entre homens e mulheres para a manutenção da ordem social.

Apesar da esfera profissional – o seu lugar no mundo – e o sexo – não definido como uma forma de capital – serem vistos como neutra e de caráter secundário, respectivamente, não acarretando consequências sobre a formação de *habitus sexuais*, o autor compreende que o *habitus* se constrói a partir das regras impostas pelo campo, incorporando atitudes e modos próprios de homens e mulheres e sedimentando os efeitos acumulados, portanto, uma “fé prática”, que “inclina” o agente a agir em conformidade com as regras.

Passividade e desigualdade são resultados das relações de poder do homem sobre a mulher. No entanto, em um processo de resistência – que é parte inerente da dominação – pode haver discordância entre *habitus* e *campo* rompendo assim com as tradições ou reforçando a divisão social. Bourdieu a partir de sua teoria inclui “uma teoria da mudança social que faz do pensamento reflexivo a possibilidade de transformação social”, no entanto, tal transformação pode vir a possibilitar novos compromissos de gênero que reforcem a divisão social ou, ainda, contribuam para a formalização do *habitus feminino* rompendo com o caráter arbitrário da dominação masculina<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Bourdieu, Pierre. *A dominação masculina*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

#### 4. Conclusão

Considera-se que no momento de formulação e implementação de uma dada política pública é necessário observar tantos os aspectos objetivos referentes aos equipamentos públicos, disputas, serviços quanto questões voltadas às concepções dos sujeitos sociais envolvidos no processo. Nessa direção, Arrecth observa que a implementação é uma cadeia de relações entre os que formulam e os que implementam a política situados em posição distintas dentro do governo, e isso sugere “que a maior proximidade entre as intenções do formulador e a ação dos implementadores dependerá do sucesso do primeiro em obter a adesão dos agentes implementadores aos objetivos e à metodologia de operação de um programa”.<sup>28</sup> Isso implica, de acordo com Lobato<sup>29</sup>, superar a distância entre as políticas tal quais formuladas e sua implementação.

As instituições de ensino que promoveram o debate sobre Curso GDE destacam o seu sucesso, pois o identificam como o *locus* privilegiado de formação de docentes, tutores(as) e coordenadores visando aproximar os mecanismos de respeito à diversidade sociocultural.

Neste sentido, resiliências e novas representações sociais foram construídas em torno das dimensões gênero, orientação sexual e sexualidade, relações étnico-raciais e, ainda, podem ser promovidas se educadores(as), em conjunto com as famílias, desenvolverem práticas de socialização e de regras culturais para a equidade social de homens e mulheres.

Por isso, os estudos chamando a atenção para a importância da responsabilidade dos(as) docentes em discutir, articular e questionar as convenções sociais tradicionalmente postas na sociedade, voltando-se para o acesso a direitos sociais, políticos e civis que superem preconceitos e estereótipos formalizados em representações e práticas sociais que caracterizam as diferenças como verdadeiras inaptações ou desvios de conduta.

A escola e os(as) docentes não podem assumir uma perspectiva “neutra” em relação às questões de gênero, orientação sexual e relações ético-raciais porque diariamente estão diante de situações de violência doméstica, abandono escolar, racismo e preconceito,

---

<sup>28</sup> Arrecthe, Martha T. S. “Uma contribuição para fazermos avaliações menos ingênuas”. In: Barreira, Maria Cecília Nobre e Carvalho; Brant, Maria do Carmo de (Org.). *Tendências e Perspectivas na Avaliação de Políticas e Programas Sociais*. São Paulo: IEE/PUC-SP, 2001, p.05.

<sup>29</sup> Lobato, Lenaura. *Avaliação de políticas sociais: notas sobre alguns limites e possíveis desafios*. Trabalho, Educação e Saúde, 2004; 2(1): 95-106.

discriminação de identidade de gênero e orientação sexual, agressão física, perseguição, depredação das instalações escolares... os temas se entrelaçam no cotidiano escolar por meio da violência simbólica. Precisamos interferir urgentemente nos processos educativos em seus variados campos de atuação – escolar, religioso, familiar, trabalho –, além de ampliar os estudos e pesquisas a respeito dessas temáticas, visando contribuir para a formação cidadã e de direitos humanos das novas gerações voltados ao respeito e ao combate de qualquer tipo de discriminação de gênero e étnico-raciais.

### Referências Bibliográficas

- Almeida, Welita Gomes de. *Gênero e deficiência: a exclusão social de mulheres deficientes*. II Seminário Nacional Gênero e Práticas Culturais Culturas, leituras e representações, Centro de Educação, João Pessoa, UFPB, 28, 29 e 30 de outubro de 2009.
- Arretche, Martha T. S. “Uma contribuição para fazermos avaliações menos ingênuas”. In: Barreira, Maria Cecília Nobre e Carvalho; Brant, Maria do Carmo de (Org.). *Tendências e Perspectivas na Avaliação de Políticas e Programas Sociais*. São Paulo: IEE/PUC-SP, 2001.
- Bourdieu, Pierre. *A dominação masculina*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 9.394, de 20/12/1996*. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez. 1996.
- \_\_\_\_\_. *Parâmetros Curriculares Nacionais: terceiro ao quarto ciclos. Orientação Sexual*. Secretaria de Educação Fundamental. Brasília: MEC/SEF, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 10.172, de 9/1/2001*. Estabelece o Plano Nacional de Educação. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2001.
- \_\_\_\_\_. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. 2003-2013*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013.
- \_\_\_\_\_. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2005.

- \_\_\_\_\_. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013-2015.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 13.005*, de 25 de junho de 2014. Estabelece o Plano Nacional de Educação - PNE para o decênio 2014-2024 e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2014.
- Campos, Maria Fernanda de Arruda. *Concepção da sexualidade de estudantes surdos usuários de libras em uma escola pólo*. Dissertação, Programa de Pós Graduação da Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual de São Paulo “Julio de Mesquita Filho”, Araraquara, SP, 2015.
- Carrara, Sergio. “Educação, diferença, diversidade e desigualdade”. In: *Gênero e diversidade na escola: formação de professoras/es em Gênero, Orientação Sexual e Relações Étnico-Raciais*. Livro de conteúdo. Versão 2009. Rio de Janeiro: CEPESC; Brasília: SPM, 2009, p.13-108.
- Carvalho, Maria Eulina Pessoa de; Rabay, Glória; Morais, Adenilda Bertoldo Alves de. *Pensar o currículo da educação superior da perspectiva da equidade e transversalidade de gênero e do empoderamento das mulheres: uma breve introdução*. Espaço do Currículo, v.6, n.2, p.317-327, Maio a Agosto de 2013.
- Carvalho, Maria Eulina Pessoa de et al.. *Inclusão da temática de gênero no curso de Pedagogia da Universidade Federal da Paraíba: primeiros passos*. Espaço do Currículo, v.7, n.2, p.262-275, Maio a Agosto de 2014.
- Castro, J.A. *Política de e desenvolvimento no Brasil*. Economia e Sociedade, Campinas, v. 21, Número Especial, p. 1011-1042, dez. 2012.
- Castro, Roney Polato de. *Experiência e constituição de sujeitos docentes: relações de gênero, sexualidade e formação em pedagogia*. Tese de Doutorado, Programa de Pós Graduação em Educação, da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014.
- Devreux, Anne-Marie. “Pierre Bourdieu e as relações entre os sexos: uma lucidez obstruída”. In: Chabaud-Rychter, Danielle et al.. *O gênero nas ciências sociais: releituras críticas de Max Weber a Bruno Latour*. São Paulo: Editora Unesp; Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2014, p. 85-103.
- Filipack, A.; Costa, K.C.D. da. *Narrativas, registros, vídeos e memórias: preconceitos e violências de gênero do tempo recente nos relatos de professoras/ES –*

- Tutoras/ES do Curso Gênero e Diversidade na Escola. Fazendo Gênero IX, Diásporas, Diversidades, Deslocamentos, 23 a 26 de agosto de 2010.*
- Garcia, Osmar Arruda. *O que os outros irão pensar?: discussões docentes sobre gênero e profissionalização. Fazendo Gênero X, Desafios Atuais dos Feminismos, 16 a 20 de setembro de 2013.*
- GDE. *Gênero e Diversidade na Escola: formação de professoras/es em gênero, orientação sexual e relações étnico-raciais. Livro de Conteúdo, Versão 2009, Rio de Janeiro: CEPESC; Brasília: SPM, 2009.*
- Lacerda, Alessandra Luzia Pereira de. “Gênero e infância: o recreio e práticas corporais (toque) na construção de identidades”. In: Freitas, Eliane Martins de; Martinez, Fabiana Jordão; Mendes, Lilian Marta Grisolio. *Gênero, Sexualidade e Corpo. Goiânia: UFG/CIAR; Gráfica UFG; 2014.*
- Lima, Andrêsa Helena de. Azarias Ribeiro de Souza e José Luís de Mesquita. *Professores negros no Sul de Minas Gerais - 1882/1954. Dissertação – Mestrado Profissional, Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal de Lavras, Lavras, MG, 2014.*
- Lobato, Lenaura. *Avaliação de políticas sociais: notas sobre alguns limites e possíveis desafios. Trabalho, Educação e Saúde, 2004, 2(1): 95-106.*
- Lobo, C. M. N. das N.. *Os PCN nas escolas e a Autonomia docente: desafios à memória educacional. Dissertação de Pós-Graduação Stricto Sensu. Mestrado em Educação. Universidade Federal Fluminense, Niterói, 1999.*
- Penalvo, Claudia; Caetano, Marcio. *Gênero e Diversidade na Escola – GDE: análise de uma experiência. III Seminário Nacional de Educação, Diversidade sexual e Direitos Humanos, Anais Eletrônicos, Vitória, 2014.*
- Pinto, Anamelea de Campos; Barretto, Elvira Simões. *Gênero e diversidade no sistema UAB: práticas educativas de enfrentamento da cultura da violência em Alagoas. Educ. Foco, Juiz de Fora, v. 17, n. 2, p. 43-60, jul. / out. 2012.*
- Reis, Toni. *Psicologia e a questão da violência nas escolas. Palestra apresentada em mesa temática com o mesmo título, sendo uma “Atividade Guiada – Movimentos Sociais”, na 2ª Mostra Nacional de Práticas em Psicologia, São Paulo-SP, 21/09/2012.*
- Silva, Edlene Oliveira. *Histórias possíveis: identidades e relações de gênero na escola. Veredas da História [online], Ano V, Edição 2, 2012, p.146-166.*

- Silva, Sirlene Mota Pinheiro da. *Gênero e sexualidade na formação docente continuada e nos espaços escolares: uma análise do Curso GDE na UFMA*. Fazendo Gênero X, Desafios Atuais dos Feminismos, 16 a 20 de setembro de 2013.
- Souza, Marilsa Aparecida Alberto Assis. *Discutindo a relação gênero/trânsito na escola*. Rev. Triang.: Ens. Pesq. Ext. Uberaba, MG, v.3, n.1, p. 03-11, jan./jun. 2010.
- Tavares, Maria da Conceição; Belluzzo, Luiz Gonzaga. “A mundialização do capital e a expansão do poder americano”. In: FIORI, J.L. (Org.). *O poder americano*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, p. 111-138, 2000.
- Verdum, Priscila de Lima; Giraffa, Lucia; Machado, Vivian Guidotti. *Formação de professores da educação básica na modalidade EAD: contexto, bases legais, pressupostos e desafios*. X ANPED Sul, Florianópolis, out. de 2014, p.01-16.
- Vencato, Anna Paula. *Estereótipos acerca de modelos não tradicionais de família em um curso de formação docente*. Áskesis, v. 4, n. 1, janeiro/junho, 2015, p. 9–22.



# LA MÚSICA: UN INSTRUMENTO DE CREACIÓN, DE CONSTRUCCIÓN DE IDENTIDAD, DE EDUCACIÓN Y DE DIÁLOGO EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE SEGUNDA Y TERCERA GENERACIÓN

## MUSIC: AN INSTRUMENT OF CREATION, OF IDENTITY CONSTRUCTION, OF EDUCATION AND OF DIALOGUE IN THE CONTEXT OF SECOND AND THIRD GENERATIONS HUMAN RIGHTS

Laura Touriñán Morandeira  
*Universidad de Santiago de Compostela*

**Resumen:** La música, como actividad, es una manifestación genuina de la capacidad creativa del hombre. El lenguaje musical responde a un significado simbólico vinculado a su contexto cultural por medio de notación, signos y representaciones. La música permite experimentar individualmente lo que se conserva y comparte socialmente y lo que se ha construido y creado históricamente por medio del lenguaje musical.

A esto hay que añadir que la música se puede conocer, investigar, enseñar y que se realiza bajo patrones de significado que se aprenden. Por ello, es posible educar con la música, transmitiendo valores e inculcando relaciones culturales cívicas, que propicien el respeto entre el “Nosotros” y el “Otro” cultural, el respeto a la identidad, la diversidad y la diferencia de las personas y de su cultura en sus expresiones, ejecuciones y creaciones musicales. Desde una perspectiva antropológica, hay relación entre la Música y los Derechos Humanos: la música educa, socializa, crea cultura y favorece la identidad y la convivencia en la diversidad y la diferencia, así como la interacción de identidades desde las matrices de significado que cada uno entiende y usa.

**Palabras clave:** Música, Derechos Humanos, Antropología Cultural, Identidad.

**Abstract:** Music, as an activity, is a genuine manifestation of the creative capacity of humans. The musical language reflects a symbolic meaning linked to their cultural context through notation, signs and representations. The music allows to experience individually what we share and preserve socially and what has been built historically with the musical language.

We must add that it is possible to know research, teach and do music because it is built under patterns of meaning that are learned. Therefore, it is possible to educate with music, transmitting values and instilling civic cultural relations, which promote respect between "Us" and "Other" cultural, respect for identity, diversity and difference of people and their culture in their expressions, performances and musical creations. From an anthropological perspective, there is a relationship between Music and Human Rights: music educates, socializes, creates culture and promotes identity and coexistence with diversity and difference, and the interaction of identities from meaning arrays that each one understands and uses.

**Keywords:** Music, Human Rights, Cultural Anthropology, Identity.

### 1. Introducción

La Música como actividad es una manifestación genuina de la capacidad creativa del hombre y atiende a los cuatro ejes de creatividad cultural humana: artística, socio-

identitaria, científico-tecnológico y popular y de consumo <sup>1</sup>. Como manifestación cultural, la música presenta los rasgos distintivos de ejecución, interpretación y expresión; es decir, la música ha de ser tocada, requiere de la habilidad mecánica para el dominio del instrumento (entendida también la voz como tal) y del dominio de un lenguaje específico, requiere también de la comprensión del intérprete para comprender el significado de esos sonidos y, por último, requiere de la capacidad de expresión de ese significado emocional que se vincula a esos sonidos y que generan esos sonidos en quien los escucha. Dado que la cultura es creación de símbolos e interpretación de la realidad por medio de símbolos, atendiendo a matrices de significado, la música como manifestación artística y cultural, se caracteriza como las actividades creativas por ser recursiva (utiliza signos limitados para crear soluciones ilimitadas), simbólica (interpreta la realidad en signos notados) y afectiva (nos permite pasar de la sensibilidad derivada de la notación musical al sentimiento que produce); por todo eso se dice que la música es creación cultural y se vincula al contexto cultural del que emerge y al que pertenece, aunque como toda obra creativa y espiritual puede trascender su contexto (precisamente por eso nos podemos emocionar con músicas japonesas, por ejemplo, que pertenecen a otro contexto cultural y de civilización). Es creación cultural y es creación artística, porque combina los signos con criterio estético y escénico de ejecución, interpretación y expresión.

## 2. Perspectiva etnomusicológica

Esta idea, hoy común, necesitó de reflexión, teorización y defensores para asentarse en nuestra cultura y en nuestra ideología y precisó también la superación del evolucionismo y de las concepciones que respaldaban la supremacía de una cultura (generalmente la Occidental) frente a otras. En el caso de la música, este punto de inflexión tuvo lugar hacia la década de 1950, con la constitución de la “Escuela Norteamericana” iniciada por Franz Boas (1858-1942) –promotor del estudio holístico de las culturas musicales-, que en su día constituyó el nuevo paradigma de estudio de la “Etnomusicología”, frente a lo que se venía denominando “Musicología Histórica”<sup>2</sup>. En contraposición a esta tendencia, caracterizada por una visión evolucionista, universalista y comparativista, que propiciaba estudios sincrónicos y descontextualizados de carácter formalista y generalmente focalizada en la música “cultura” de Occidente, la

---

<sup>1</sup> Kuper, Adam. *Cultura. La versión de los antropólogos*. Albert Roca (trad.). Barcelona: Paidós, 2001.

<sup>2</sup> Cámara de Landa, Enrique. *Etnomusicología*. Madrid: ICCMU, 2003.

“Etnomusicología” promovió un estudio de la música contextualizado en su cultura, basado en principios antropológicos: el origen de la música en una sociedad, la música como símbolo, aspectos universales de la música, concepto de cambio musical, función de la música en la sociedad, etcétera. Este nuevo marco teórico dio lugar al estudio y a la concepción de la música como cultura, al estudio comparativo de las culturas musicales y a la ciencia hermenéutica del comportamiento musical del ser humano<sup>3</sup>. Se abrió así un camino hacia el estudio contextualizado de los sistemas musicales de las diversas culturas en los que la música se entiende como forma de expresión de identidad legítima y singular de cada cultura.

Este cambio de paradigma no surgió de forma espontánea, sino que vino propiciado por diversos hechos que se estaban produciendo históricamente en muy distintos planos. Por una parte, los avances científicos -como por ejemplo, la invención del fonógrafo por Thomas Edison en 1877, o el concepto de *cent* acuñado por Alexander J. Ellis en 1885 y que consiste en la división de la escala en 1200 partes iguales- permitió hacer trabajo de campo con rigor científico para estudiar otros sistemas musicales y poder argumentar y debatir sobre la no supremacía de unos sistemas musicales sobre otros y, consecuentemente, sobre la igualdad de las culturas basado en un principio de relativismo cultural (opuesto a la perspectiva de evolucionismo darwiniano decimonónico).

Por otra parte, la ideología nacionalista fomentó el interés del estudio del Folklore y la reflexión en torno a este concepto, lo cual dio cabida al interés por las diversas músicas folklóricas; son de esta época los estudios de Alice Cuninghame Fletcher (1838-1923), Francis La Flesche (1857-1932), Cecil Sharp (1859-1924), Jesse Walter Fewkes (1850-1930), Frances Densmore (1867-1957), Béla Bartók (1881-1945), Zoltan Kodály (1882-1967), Percy Grainger (1882-1961), Maud Karpeles (1885-1976), etc. Estos estudios ya parten de un concepto de folklore entendido como una manifestación de la identidad única y singular que se establece en cada cultura, como patrimonio cultural único e implica que debe ser estudiada y entendida en su contexto socio-histórico. Así, el Folklore, en tanto que identidad, constituye el patrimonio cultural de cada “pueblo”, presentando una relación de identidad con la comunidad y de diferencia de las demás.

---

<sup>3</sup> Myers, Helen P. “Etnomusicología”. En Cruces, Francisco (coord.). *Las culturas musicales. Lecturas de etnomusicología*. José Antonio Gómez Rodríguez (trad.). 2ª ed. (2008). Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 19-24.

Yendo un paso más allá, el contexto histórico y político influyó profundamente en el desarrollo de las ciencias musicales. Al término de la II Guerra Mundial, se dio lugar a un contexto de reflexión en todos los ámbitos culturales: en 1945, se firma la Carta de las Naciones Unidas; en 1946, se crea la Comisión de Derechos Humanos por el Comité Económico y Social de las Naciones Unidas; y en 1948, se crea la Declaración Universal de los Derechos Humanos para preservar un clima de paz y de seguridad internacionales a partir del reconocimiento de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos. De hecho, el Artículo 26 defiende el derecho a la educación, cuyo objeto será “el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales” y en el Artículo 27 se defiende el derecho de toda persona “a tomar parte libremente de la vida cultural de la comunidad (...) y a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”<sup>4</sup>. En 1966, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que posteriormente pasaron a conformar la Carta de Derechos Humanos (entrada en vigor en 1976). Todos ellos promueven el derecho a la autodeterminación de todos los pueblos y su derecho a la libertad de elección de estatus político, económico, social y cultural. De forma más concreta, en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, son fundamentales los Artículos 13 y 15, en cuanto a la manifestación de los individuos de su propia identidad a través del arte (y por tanto, de la música): se reitera en estos artículos el derecho del individuo a la educación, fomentando los valores de tolerancia y respeto hacia el “otro” cultural, por tanto, garantía para la paz internacional (Artículo 13.1); también el derecho a la participación en la vida cultural y a beneficiarse del progreso científico y de la protección de los intereses morales y materiales de la producción artística (Artículo 15.1) y el respeto a la libertad del individuo de participar en la investigación científica y en la actividad creadora (Artículo 15.3)<sup>5</sup>. Con todas estas medidas se veló internacionalmente por garantizar y respetar los denominados derechos

---

<sup>4</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948. Artículos 26 y 27. Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Artículos 26 y 27 [en línea]. Francia: Naciones Unidas, 1948. <[<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217\(III\)>](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217(III))> [30 agosto 2016].

<sup>5</sup> Naciones Unidas. *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales, y Culturales*. Artículos 13 y 15 [en línea]. Naciones Unidas, 1966. <[<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2200\(XXI\)&Lang=S&Area=RESOLUTION>](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2200(XXI)&Lang=S&Area=RESOLUTION)> [30 agosto 2016].

de segunda generación, socio-económicos, vinculados a los valores de justicia y de igualdad, y a los de tercera generación, derechos culturales, vinculados a la identidad, a la diferencia y a la diversidad<sup>6</sup>.

En el ámbito etnomusicológico, toda esta evolución ideológica sobre derechos humanos y valores coincide y no desvinculadamente, con la fundación del *International Folk Music Council*<sup>7</sup> en 1947 y de la *Society for Ethnomusicology* en 1955, que se preocupaban, entre otras cuestiones, por la superación de la comparación entre culturas musicales y por el respeto de la expresión musical propia de cada cultura. Darán amparo a multitud de estudios que velan por el respeto del “otro” cultural, del “otro musical” y por los derechos de expresión artística propia de cada sociedad.

Sin ánimo de hacer un resumen histórico de la evolución de la Etnomusicología, sí cabe destacar a efectos de esta reflexión la aportación de algunos de los teóricos pioneros que, con su ideología, defendieron implícita y conscientemente los derechos de segunda y tercera generación, incluso sin saber que ese sería el nombre que llegarían a tener.

Alan Parkhurst Merriam (1923-1980) en los años sesenta y setenta, fue propulsor del estudio antropológico de la música. Definió la Etnomusicología como el “estudio de la música en la cultura”, concepto que poco después evolucionó al “estudio de la música como cultura”<sup>8</sup>: es decir, desarrolló la idea de que la música construye cultura y construye sociedad.

Para ello estableció un modelo de análisis tripartito que implica el estudio de la sociedad en su conjunto y de la música en la sociedad, con el objetivo de comprender el significado de la música en el comportamiento humano<sup>9</sup>. Ello le llevó a la diferenciación entre los usos y funciones de la música, identificando los primeros con las situaciones humanas en las que se emplea la música en una sociedad (por tanto, los usos de la música son directos, específicos y prácticos), y por funciones, las razones y propósitos a los que sirve el uso de la música y responden a una finalidad social. El

---

<sup>6</sup> UNESCO. *Nuestra diversidad creativa. Informe de la Comisión mundial de Cultura y desarrollo*. Madrid: UNESCO-SM, Fundación Santa María, 1997 y Velasco, Honorio. “Los significados de cultura y los significados de pueblo. Una historia inacabada”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 1992, 60, 7-25.

<sup>7</sup> Institución que pasa a llamarse en 1982 *International Council for Traditional Music*.

<sup>8</sup> Merriam, Alan P. “Definiciones de ‘musicología comparada’ y ‘etnomusicología’: una perspectiva histórico-teórica”. En Cruces, Francisco (coord.). *Las culturas musicales. Lecturas de etnomusicología*. Luis Costa (trad.). 2ª ed. (2008). Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 69.

<sup>9</sup> Merriam, Alan P. *The Anthropology of Music*. Evanston: Northwestern University Press, 1964, pp.209-227.

concepto de “función de la música” alude a la capacidad de acción, de representación o de significación de ésta en la sociedad y para el hombre; es decir, la función hace referencia a las relaciones y la dependencia existente entre los elementos estructurales de la música y las finalidades atribuibles a ella. Precisamente por eso, se dice que la función es la relación entre las razones estructurales de un determinado uso de la música y los propósitos a los que sirve.

La música puede ser usada para educar (canciones que hablan de la familia, de valores morales...), para transmitir una determinada ideología política (himnos, canciones de investidura...), para acompañar determinados actos o momentos sociales (todas las canciones del ciclo vital y de trabajo), música aplicada a la transmisión de ideas religiosas, etc. Sin embargo, las funciones de la música responden a verdades universales culturales aplicables a todas las sociedades: función de expresión emocional, función de goce estético, función de entretenimiento, de comunicación, de representación simbólica, función de respuesta física, de refuerzo de normas sociales y de instituciones sociales y religiosas, de continuidad cultural, de integración social...<sup>10</sup>

Todas estas funciones responden a la necesidad de sentirse identificado con una comunidad, de manifestar la pertenencia a dicha cultura y de manifestar, reivindicar y expresar la propia identidad y el sentimiento individual, que es la función de la cultura y de la música por excelencia. Y estas funciones de la música responden a los derechos de segunda y tercera generación, que son derechos de educación y de cultura.

El planteamiento epistemológico de Merriam permitió la apertura de investigación hacia nuevas perspectivas y horizontes: historia, psicología, antropología, funcionalidad de la música, estructura y forma, música como comportamiento simbólico, aprendizaje musical en la enculturación, socialización y escolarización... Fueron muchos los seguidores y continuadores de la línea ideológica iniciada por Merriam y que llevaron a su máximo desarrollo a la antropología cultural de la música.

Por su parte y como heredero, John Blacking (1929-1990) propuso el análisis cultural de la música como metodología: afirma que las estructuras musicales surgen de patrones culturales de los cuales forman parte, es decir, en cualquier nivel de análisis, las formas de la música están relacionadas con las formas culturales de las que

---

<sup>10</sup> Merriam, Alan P. “Usos y funciones”. En Cruces, Francisco (coord.). *Las culturas musicales. Lecturas de etnomusicología*. Victoria Eli Rodríguez y Jaume Ayats (trad.). 2ª ed. (2008). Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 275-296.

derivan<sup>11</sup>. Así, el sonido está humanamente organizado en todas las sociedades y el análisis musical debe localizar esos patrones de sonido organizado. Esto implica que la música es categorizada de distintas formas en las distintas sociedades pero hay una serie de categorizaciones comunes: la música como sistemas simbólicos especiales en los que se interrelacionan aspectos de la cultura y el análisis del trasfondo cultural de ésta; la música como reflejo de las distintas clases de acción social, como generadora de significados y prácticas sociales; la música como un conjunto específico de capacidades cognitivas y sensoriales usadas para la comunicación y para dar sentido al contexto (esto está en relación con el planteamiento biológico-cognitivo de la experiencia musical humana); la música como producto de acción humana intencional, deliberada, lo que nos permite diferenciar los sonidos musicales de otras clases de sonidos; la música como generadora de pensamiento, etc. Del mismo modo, si la música está humanamente organizada, Blacking afirma que el hombre está sonoramente organizado, lo cual también es extensible a la Humanidad. Su análisis busca entender la significación formal de la música por medio del análisis formal de la experiencia cultural. Así, el análisis cultural de la música revela el contenido emocional de la música: los sonidos revelan emociones vinculadas a experiencias culturales<sup>12</sup>.

Por su parte, Timothy Rice (1944) desarrollará un modelo tripartito de análisis que permite relacionar la música con el comportamiento social e individual: construimos históricamente, conservamos socialmente y experimentamos individualmente a través de la música; esto permite comprender cómo hacen música los seres humanos y qué es lo que nos une musicalmente<sup>13</sup>. En la misma línea, Steven Feld (1949) defendió que el sonido funciona como un sistema simbólico de una determinada comunidad, respondiendo simultáneamente a un sentimiento de identidad<sup>14</sup>.

Estas ideas, a su vez, son heredadas de Clifford Geertz, quien afirma que los sistemas simbólicos se construyen históricamente, se mantienen socialmente y se aplican individualmente<sup>15</sup>. La antropología simbólica geertziana expresa una nueva idea

---

<sup>11</sup> Blacking, John. "El análisis cultural de la música". En Cruces, Francisco (coord.). *Las culturas musicales. Lecturas de etnomusicología*. Josep Martí i Pérez (trad.). 2ª ed. (2008). Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 195 y 199.

<sup>12</sup> Blacking, John. *¿Hay música en el hombre?*. Madrid: Alianza Editorial, 2010.

<sup>13</sup> Rice, Timothy. "Hacia la remodelación de la Etnomusicología". En Cruces, Francisco (coord.). *Las culturas musicales. Lecturas de etnomusicología*. Miguel Ángel Berlanga (trad.). 2ª ed. (2008). Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 160-172.

<sup>14</sup> Feld, Steven. "El sonido como sistema simbólico: El tambor kaluli". En Cruces, Francisco (coord.). *Las culturas musicales. Lecturas de etnomusicología*. Francisco Cruces (trad.). 2ª ed. (2008). Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 332, 352 y 353.

<sup>15</sup> Geertz, Clifford. *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa, 2000, pp.19-40.

acerca de la composición de la cultura, entendida como complejo simbólico de tramas de significación interpretable dentro de un contexto social concreto. En función de esto, la construcción etnográfica a que atiende la antropología cultural como ciencia es “densa”, en el más amplio sentido de la palabra: exhaustiva, compleja y encriptada (simbólica) y, por tanto, requiere de la correcta interpretación por parte del etnógrafo. El análisis etnográfico consiste, pues, en “desentrañar las estructuras de significación (...) y en determinar su campo social y su alcance”. Así las cosas, la tarea etnográfica será, según Geertz, “interpretativa, lo que interpreta es el flujo del discurso social y la interpretación consiste en tratar de rescatar ‘lo dicho’ en ese discurso de sus ocasiones percederas y fijarlo en términos susceptibles de conducta”<sup>16</sup>.

La cultura es una realidad pública, común a los miembros de una sociedad, porque su significación es pública y, por tanto, compartida por los individuos que integran una comunidad; “(está situada) en el entendimiento y en el corazón de los hombres”, lo cual implica la existencia de estructura psicológicas implícitas en la cultura y que determinan la conducta humana en una sociedad. Por tanto, la cultura está construida por símbolos con los que se construye el proceso social y es en calidad de conducta como se introducen en la acción social; además, estos símbolos tendrán unos usos y funciones concretas, en función del contexto (de la cultura) en la que se gesten. Así, la cultura, entendida como sistema de interacción de signos interpretables, se convierte en el contexto dentro del cual y sin el cual no podrían producirse acontecimientos sociales y modos de conducta concretos. La interpretación antropológica requiere de una comprensión exacta de lo que significan esos sistemas simbólicos y esto es un proceso complejo, denso, y que requiere un análisis científico en términos propios de la estructura cultural y ese análisis interpretativo denso es lo que convierte a la antropología cultural en ciencia o “teoría interpretativa densa” como antropología simbólica.

En este sentido, el estudio de la música como comportamiento simbólico es una de las áreas más importantes de la Etnomusicología: la música transmite valores y sentimientos, determinados por el contexto y el estudio de la simbología de la música ha dado lugar a la estética de la música y a su historia cultural. Todo cambio sociedad se reflejará en la cultura, que a su vez se reflejará en la música y, por tanto, en su simbología, en su estética, en su significado en la historia cultural.

---

<sup>16</sup> *Ibidem*.

Se sigue de esto que la música en cada comunidad tiene un marcado carácter personal y creativo, pero además tiene un inequívoco carácter cultural y social. La música entendida como cultura refleja las tradiciones y costumbres de un pueblo y como tal le corresponden muy diversas funciones; entre ellas, la educativa y la identitaria ocupan un lugar específico. Es más, la música es instrumento de sensibilidad y sentimiento respecto de lo que se crea en ella y de lo que se quiere representar con ella, de ahí que la música permita interiorizar individualmente lo que en una cultura se ha construido históricamente y conservado socialmente. Precisamente por eso decimos que de la música permite que nos identifiquemos sonora y afectivamente con el colectivo imaginario que representa. Permite relacionar en sus sonidos y en sus letras el pasado, el presente y los ideales de vida individual y colectivamente. Es una experiencia creativa que cohesiona el acervo cultural.

### **3. La función educadora de la música**

En adición a lo anteriormente expuesto, el arte -la música- es más que la producción de objetos artísticos, estéticamente bellos. Es un proceso de exploración de nuestro medio y un modo de aprender a vivir en él. Y es aquí donde adquiere pleno significado la expresión “educar con el arte”: a través de la música es posible, además de transmitir y explicar nuestro pasado, inculcar relaciones culturales cívicas, que propicien el respeto a la identidad y la diferencia en el marco general de la diversidad creativa como parte de las manifestaciones reconocidas y reivindicadas como Derechos Humanos.

La educación artística como ámbito de educación ha sido objeto de reflexión y de debate en numerosas ocasiones y, como resultado, en los últimos años se ha acuñado los conceptos de educación “por” y “para” las artes<sup>17</sup>. Así, asistimos a tres opciones posibles de las artes como problema de educación:

- En primer lugar, las artes son un problema de educación, porque la experiencia y la expresión artística son susceptibles de educación; así, las artes constituyen en cada caso el área cultural específica que es el objetivo en la educación de las personas y es posible hablar de educación artística como ámbito general de educación, porque permite lograr los valores comunes

---

<sup>17</sup> Touriñán, José Manuel (dir.). *Artes y educación. Fundamentos de pedagogía mesoaxiológica*. A Coruña: Netbiblo, 2010; Touriñán José Manuel y Longueira, Silvana. “Formación de criterio a favor de la música como ámbito de educación”. *Bordón*, 2009, 61 (1), pp. 43-60.

vinculados al significado de educación como cualquier otra manifestación cultural consolidada.

- En segundo lugar, es posible hablar de artes como ámbito de educación general, como ámbito que forma parte de la educación básica y desarrolla el sentido estético y de lo artístico. En esta acepción de ámbito de educación hablamos de la música como instrumento para el logro de valores específicos vinculados al sentido conceptual de la música. Son valores centrados en el significado de la música y en su especial vinculación a la afectividad y a la sensibilidad que hacen al hombre más humano en el sentido de lograr empatía y sensibilidad espiritual creadora que es útil para su vida y proyectos
- Por último, artes como ámbito de desarrollo profesional y vocacional, que hace referencia a los valores especializados que nacen de la música como actividad cognoscible, enseñable, investigable y realizable que nos capacita con su dominio para crear obras musicales, en suma objetos artísticos y culturales .

En el primero de los casos se establece que “la educación artística es, antes que nada, educación y, por tanto, como educación es, en cada persona, un proceso de maduración y aprendizaje que implica, desde las artes, el desarrollo de la inteligencia, la voluntad y la afectividad (...)”<sup>18</sup>. En el segundo caso, la educación artística, en tanto que área de experiencia, es un ámbito diferenciado de las demás áreas de experiencia por sus contenidos culturales específicos. En estos dos casos hablamos de educación “por” las artes. Pero, además, la música como cualquier otra área de experiencia, es susceptible de ser tratado también como ámbito de educación vocacional y de desarrollo profesional; hablamos de educación “para” las artes<sup>19</sup>.

Cuando hablamos de derecho a la educación y de derecho a la cultura, afirmamos que la educación es cultura con diferencia específica; es cultura formativa. Y si las artes son manifestaciones culturales, hablamos del derecho del individuo a la educación con las artes. El objetivo principal de esto es “conseguir que el educando alcance sentido estético y de lo artístico y lo integre como forma de construirse a sí mismo en un entorno diverso de interacción, aunque no sea orientación profesional”<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Touriñán, José Manuel (dir.). *Artes y educación...*, p. XX.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. XXI.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. XXIII.

Conviene apuntar en este momento del discurso que la música no es solo conocimiento; es una acción que hay que ejecutar, interpretar y expresar; es una manifestación cultural, educada y realizable. Y pasar del conocimiento a la acción no es posible sin una base asentada sobre la concordancia de valores y sentimientos que es lo que toda educación general tiene que conseguir. Los valores, una vez elegidos, pueden llegar a ser el contenido propio de nuestras finalidades y su realización y elección nos identifica personalmente y genera sentimientos, atendiendo al cumplimiento o no de nuestras expectativas en su logro. Es necesaria la concordancia de valores y sentimientos, porque en esa concordancia se refleja el distinto grado de compromiso con nosotros y con el otro y lo otro en actitudes de reconocimiento, aceptación, acogida y entrega a lo valorado. En la educación afectiva logramos la experiencia sentida del valor; nos hacemos sensibles a determinadas manifestaciones culturales, somos capaces de apreciarlas y llegamos a generar sentimientos acerca de ellas. La afectividad en tiene especial relevancia en el ámbito de la educación artística, porque la educación de la sensibilidad y del sentimiento se puede realizar de manera singular como educación de la afectividad por medio de las artes<sup>21</sup>.

No debo terminar este discurso sin hacer referencia a la diferencia entre la integración territorial de diferencias culturales y el poder de la inclusión transnacional de la diversidad. Que la cultura en mi territorio sea como es, no significa que no exista diversidad, sino todo lo contrario: posibilidad de asumir la diversidad creativa y derecho de entrar y salir de las diversas opciones culturales, integrando en mis proyectos aquellas cualidades y sensibilidades que me enriquecen como persona o en alguna faceta de mi vida. La educación musical contribuye a la integración de las personas y a fomentar la interacción de identidades respetando la diversidad individual y cultural desde una perspectiva de *glocalidad*.

En el mundo actual se ha establecido un sentimiento común de búsqueda de afinidad económica, política, social y cultural de los distintos países, de tal forma que se pueda fomentar un ambiente transnacional de interdependencia y de convivencia pacífica<sup>22</sup>.

En el plano cultural, la globalización es un proceso de interpenetración cultural y orientado hacia el futuro; es un fenómeno que se singulariza por su extensión, su

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>22</sup> Touriñán, José Manuel. *Desarrollo cívico, sentido intercultural de la educación y convivencia cualificada y especificada*. A Coruña: Netbiblo, 2012, p.316.

ritmo acelerado de crecimiento, la profundidad de su impacto y su carácter multidimensional; y es un sistema complejo con dimensiones interconectadas en el que las redes de información, los flujos migratorios y financieros y las corrientes culturales tienen un lugar específico<sup>23</sup>.

El sentido transnacional de los derechos de tercera generación nos permite salir de nuestro entorno y comunicarnos globalmente. En este contexto, la cultura -en todas sus acepciones- se ha convertido en una cuestión de actualidad y en un medio de comunicación transnacional, de innegable valor político (la cultura y las identidades culturales son empleadas para crear patrones de cohesión, de desintegración y de conflicto en la actualidad). Atendiendo a esto, “cualquier estrategia de desarrollo en este mercado global tiene que ser a la vez global y local, porque lo local, lo regional, lo nacional y lo internacional no son espacios desconectados”<sup>24</sup> y este fenómeno es extrapolable al caso de la música en tanto que manifestación cultural.

La propuesta *glocal*<sup>25</sup> implica que cada acción deba ser pensada y actuada global y localmente y en sentido bidireccional, de tal forma que sea un proceso integrador que aúne identidad, diversidad y diferencia. En el caso de la música, ésta puede ser pensada globalmente y aplicada localmente, pero también pensada localmente y aplicada globalmente. Si ambas interpretaciones son llevadas al extremo, dan lugar al uso de la música de forma interesada como manifestación local fundamentalista de identidad que debe imponerse a todos, o como manifestación global fundamentalista desarraigada sin rasgos distintivos locales de identidad.

La música no tiene que ser, en sentido excluyente, ni de corte localista, ni de corte globalista. “No se trata de pensar localmente para actuar globalmente y hacer a todos a la imagen de “mi localidad nacional”, ni se trata de pensar globalmente para actuar localmente y hacer todos a la imagen de un mundo uniforme sin raíces identitarias culturalmente diversas<sup>26</sup>. Identidad, diversidad y territorio se unen en la educación como problema de desarrollo cívico bajo la idea de que es posible contemplar la convergencia del sentido local y global, del sentido regionalista, nacionalista, europeísta y mundialista-cosmopolitista, como un compromiso de voluntades personales

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p.317.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p.319.

<sup>25</sup> Touriñán, José Manuel. “Derechos humanos y educación para el desarrollo”. *Revista Española de Pedagogía*, 1998, (LVI: 211), pp. 415-436.

<sup>26</sup> Touriñán, José Manuel. *Desarrollo cívico...*, p.326.

e institucionales orientado a convivir en un mundo mejor, asumiendo la posibilidad de desarrollo cívico de la diversidad.

#### **4. A modo de conclusión**

Por tanto y a modo conclusión, desde una perspectiva antropológica, hay relación entre la Música y los Derechos Humanos: la música educa, socializa, crea cultura y favorece la identidad y el diálogo intercultural. A través de la música es posible, además de transmitir y explicar nuestro pasado, inculcar relaciones culturales cívicas, que propicien el respeto entre el “Nosotros” y el “Otro” cultural, en el marco general de los Derechos Humanos. La música como manifestación cultural y artística contribuye desde la función educadora a la creación, a la identidad y al desarrollo cívico de la diversidad.

#### **Referencias Bibliográficas**

- Blacking, John. *¿Hay música en el hombre?*. Madrid: Alianza Editorial, 2010.
- “El análisis cultural de la música”. En Cruces, Francisco (coord.). *Las culturas musicales. Lecturas de etnomusicología*. Josep Martí i Pérez (trad.). 2ª ed. (2008). Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 181-202.
- Cámara de Landa, Enrique. *Etnomusicología*. Madrid: ICCMU, 2003.
- Feld, Steven. “El sonido como sistema simbólico: El tambor kaluli”. En Cruces, Francisco (coord.). *Las culturas musicales. Lecturas de etnomusicología*. Francisco Cruces (trad.). 2ª ed. (2008). Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 331-356.
- Geertz, Clifford. *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa, 2000.
- Kuper, Adam. *Cultura. La versión de los antropólogos*. Albert Roca (trad.). Barcelona: Paidós, 2001.
- Merriam, Alan P. “Definiciones de ‘musicología comparada’ y ‘etnomusicología’: una perspectiva histórico-teórica”. En Cruces, Francisco (coord.). *Las culturas musicales. Lecturas de etnomusicología*. Luis Costa (trad.). 2ª ed. (2008). Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 59-78.
- “Usos y funciones”. En Cruces, Francisco (coord.). *Las culturas musicales. Lecturas de etnomusicología*. Victoria Eli Rodríguez y Jaume Ayats (trad.). 2ª ed. (2008). Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 275-296.

- *The Anthropology of Music*. Evanston: Northwestern University Press, 1964, pp.209-227.
- Myers, Helen P. “Etnomusicología”. En Cruces, Francisco (coord.). *Las culturas musicales. Lecturas de etnomusicología*. José Antonio Gómez Rodríguez (trad.). 2ª ed. (2008). Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 19-40.
- Naciones Unidas. *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales, y Culturales*. [en línea]. Naciones Unidas, 1966. <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2200\(XXI\)&Lang=S&Area=RE SOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2200(XXI)&Lang=S&Area=RE SOLUTION)> [30 agosto 2016].
- *Declaración Universal de los Derechos Humanos* [en línea]. Francia: Naciones Unidas, 1948. <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217(III))> [30 agosto 2016].
- Rice, Timothy. “Hacia la remodelación de la Etnomusicología”. En Cruces, Francisco (coord.). *Las culturas musicales. Lecturas de etnomusicología*. Miguel Ángel Berlanga (trad.). 2ª ed. (2008). Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 155-180.
- Touriñán, José Manuel. *Desarrollo cívico, sentido intercultural de la educación y convivencia cualificada y especificada*. A Coruña: Netbiblo, 2012.
- (dir.). *Artes y educación. Fundamentos de pedagogía mesoaxiológica*. A Coruña: Netbiblo, 2010.
- “Derechos humanos y educación para el desarrollo”. *Revista Española de Pedagogía*, 1998 (LVI: 211), pp. 415-436.
- Touriñán José Manuel y Longueira, Silvana. “Formación de criterio a favor de la música como ámbito de educación”. *Bordón*, 2009, 61 (1), pp. 43-60.
- UNESCO. *Nuestra diversidad creativa. Informe de la Comisión mundial de Cultura y desarrollo*. Madrid: UNESCO-SM, Fundación Santa María, 1997.
- Velasco, Honorio. “Los significados de cultura y los significados de pueblo. Una historia inacabada”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 1992, 60, pp.7-25.

# EDUCAÇÃO DO CAMPO COMO DIREITO HUMANO: UMA CONQUISTA DOS POVOS DO CAMPO

## FIELD OF EDUCATION AS A HUMAN RIGHT: A CONQUEST OF FIELD PEOPLE

Angela Maria Monteiro da Motta Pires  
*UFPE-PPGDH-NEPEDH*

**Resumo:** Este texto trata da educação do campo como direito dos povos do campo. É uma questão que se insere na luta pelos direitos humanos, a partir da organização dos movimentos sociais. A educação do campo nasce em contraposição à educação rural, na medida em que reafirma a legitimidade da luta por políticas públicas específicas e por um projeto educativo próprio para os sujeitos que vivem e trabalham no campo, de acordo com a bandeira de suas lutas. Essas lutas apontam para a emergência de outra matriz, no sentido de discutir e propor uma escola em que a educação seja construída com a participação efetiva desses povos. Uma escola que seja “do e no campo” isto é, com vínculos de pertencimento político e cultural. A escola do campo precisa estar em sintonia com a história de luta dos/as trabalhadores/as, com a vida dos sem-terra e dos demais povos do campo. A educação básica do campo necessita se fundamentar em uma dimensão, ao mesmo tempo, política e pedagógica e se pautar em uma aprendizagem para além da escola.

**Palavras chave:** Educação do campo; povos do campo; escola do campo; direitos humanos.

**Abstract:** This text deals with the field of education as a right of the peoples of the field. It is a matter that falls within the struggle for human rights, from the organization of social movements. The education field is born as opposed to rural education, in that it reaffirms the legitimacy of the struggle for specific public policies and its own educational project for the subjects who live and work in the field, according to the flag of their struggles. These struggles pointed to the emergence of another array, to discuss and propose a school where education is built with the effective participation of these people. A school that is "of and in the field" that is, political and cultural links of belonging. The field school needs to be in tune with the story of the struggle of / as workers / as, with the lives of the landless and other peoples of the field. Basic education field needs to be based on a dimension at the same time, political and pedagogical and be based on a learning beyond school.

**Keywords:** Education field; people of the field; field school; human rights.

### 1. Introdução

O presente artigo trata da educação do campo, no Brasil, como direito dos povos do campo. Esses povos constituem o conjunto dos trabalhadores e das trabalhadoras do campo, sejam camponeses, agricultores, criadores, extrativistas, pescadores, ribeirinhos,

caixaras, quilombolas, seringueiros, indígenas, posseiros, arrendatários, meeiros, trabalhadores assalariados e suas famílias, vinculados à vida e ao trabalho no meio rural.

A educação do campo como direito para a diversidade dos povos do campo é uma questão que se insere na luta pelos direitos humanos. A educação básica dos povos habitantes das áreas rurais foi mantida por décadas no esquecimento. E, esse descaso está atrelado ao encurtamento dos horizontes políticos e educacionais para os povos do campo, o qual reflete a visão pessimista do campo e da educação do campo, a qual se pautava na crença de que “para mexer com a enxada ou cuidar do gado não são necessários nem letras nem competências. Não é necessária a escola”<sup>1</sup>.

A educação do campo é uma realidade recente no país. Advinda da organização dos movimentos sociais, a educação do campo nasce em contraposição à educação rural, como uma conquista dos povos do campo.

A educação rural, no Brasil, tem uma forte ligação com a classe dos grandes proprietários rurais, ou seja, surgiu “da cabeça dos ruralistas como forma de subordinar os camponeses e de reservar a eles um controlado espaço nas políticas de educação para civilizar e manter a subordinação”<sup>2</sup>. Possui raízes nas formações ideológicas associadas ao processo educacional instalado pelos jesuítas no Brasil e na interpretação político-ideológica da oligarquia agrária, conhecida popularmente na expressão: “gente da roça não carece de estudos, isso é coisa de gente da cidade”<sup>3</sup>.

A educação do campo é uma forma de reconhecimento dos direitos das pessoas que vivem no campo, no sentido de terem uma educação diferenciada dessa perspectiva, como também daquela que é oferecida aos habitantes das áreas urbanas. Surge, assim, de forma desafiante, buscando a construção de uma nova base conceitual sobre o campo, e sobre a educação do campo, como norteadora de políticas públicas que contemplem a diversidade sociocultural.

---

<sup>1</sup> Caldart, Roseli Salete. “Por uma educação do campo: traços de uma identidade em construção”. In: Arroyo, M.; Caldart, R.; Molina, M. (Orgs.). *Por uma Educação do Campo*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2004, p. 149.

<sup>2</sup> Leite, Sérgio Celoni. *Escola rural: urbanização e políticas públicas*. São Paulo: Cortez, Coleção questões da nossa época: v.70, 1999, p. 14.

<sup>3</sup> Fernandes, Bernardo. “Os campos da pesquisa em educação do campo; espaço e território como categorias essenciais”. In: Molina, M. (Org). Brasil. Ministério do Desenvolvimento Agrário. *Educação do campo e pesquisa: Questões para reflexão*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2006, p. 16.

O princípio do respeito à diversidade cultural, nos termos da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural<sup>4</sup> da Diretriz nº 10-Garantia da Igualdade na Diversidade, do Plano Nacional de Direitos Humanos (Brasil, PNDH-3), amplamente reproduzida no direito brasileiro, é aplicável ao campo. Segundo essa Declaração, o respeito à diversidade cultural é um imperativo ético inseparável do respeito à dignidade humana. Isso implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular, os direitos das pessoas que pertencem às minorias e os dos povos autóctones.

Nesse sentido, a educação do campo como direito humano requer estar respaldada em uma política pública nacional de educação do campo e da floresta, superando as desigualdades socioeconômicas, socioespaciais, etnicorraciais, de gênero, geracionais, de orientação sexual e de pessoas com deficiências.

No bojo dessa discussão sobre a Educação do Campo como direito humano, Molina traz uma reflexão muito importante ao afirmar que “(...) o avanço na garantia do direito à educação deve se dar vinculado à garantia do direito à terra; ao trabalho; a justiça social”<sup>5</sup>. Uma política nacional para educação do campo como direito humano deve contemplar todas as populações do campo articulada com um Projeto de fortalecimento da sustentabilidade socioambiental e com o Programa Nacional de Direitos Humanos- PNDH-3, que assegure a formação humana, política, social e cultural dos sujeitos<sup>6</sup>.

## 2. A educação do campo como direito

A realidade brasileira vem apresentando, historicamente, fortes desigualdades econômicas e sociais, principalmente nas áreas rurais. A situação do campo e as lutas que ali vêm acontecendo têm sido objeto de estudos que dão destaque à enorme violência de que são vítimas os trabalhadores rurais e demais povos do campo. Trabalhadores assassinados, famílias expulsas violentamente, casas e roças incendiadas acompanham

---

<sup>4</sup> UNESCO. Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural. Disponível em: <http://www.unescodoc.unesco.org/images/0012/00127/12716por.pdf>. [15 de mar 2012].

<sup>5</sup> Molina Monica, C.. *Educação do Campo e pesquisa II: questões para reflexão* (Org). Brasília: MDA/MEC, 2010, p. 313.

<sup>6</sup> Brasil. *Programa Nacional de Direitos Humanos 3*. SDH/PR Brasília, 2010.

denúncias das igrejas e sindicatos<sup>7</sup>. Essas desigualdades, inclusive as educativas e escolares, demonstram que há uma dívida histórica, e também uma dívida de conhecimento dessa dívida histórica e marcam profundamente a construção ou a não-construção do sistema educativo, de políticas educativas, de garantias de direitos, especificamente do direito à educação.

Os movimentos sociais veem empreendendo uma luta no sentido de garantir os seus direitos. Conhecer a nova dinâmica do campo é fundamental, no sentido de perceber como esses movimentos estão contribuindo para atenuar essas desigualdades. E, no caso da educação, em que medida essa dinâmica, esses movimentos estão pressionando para mudar o sistema educativo, as políticas educativas, a escola e os educadores. Neste sentido, Arroyo destaca que “os movimentos do campo poderão contribuir para dinamizar a escola”, tendo em vista que “trazem a ideia de direitos. Colocam a educação no campo dos direitos”<sup>8</sup>.

A educação do campo como direito para a diversidade dos povos do campo foi ignorada e marginalizada, inclusive pelas pesquisas, pela reflexão pedagógica, pelas propostas curriculares e até pelas Leis de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB).

A educação do campo começou a ser construída no I Encontro de Educadoras e Educadores da Reforma Agrária (ENERA), realizado em 1997, a partir das demandas do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra-MST. Esse Movimento, ao lado do Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária (PRONERA), constitui-se em espaço de gênese de uma política educacional para os assentamentos de reforma agrária. Dessa forma, a educação na reforma agrária e educação do campo, ao nascerem simultaneamente, embora sendo distintas, se complementam, constituindo a educação na reforma agrária como uma parte da educação do campo.

---

<sup>7</sup> Martins, José de S. *Caminhada no chão da noite: emancipação política e libertação nos movimentos sociais*. São Paulo: Editora Hucitec, 1989, p.12.

<sup>8</sup> Arroyo, Miguel. “A escola do campo e a pesquisa do campo: metas”. In: Molina, Mônica C. *Educação do campo e pesquisa: questões para reflexão*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2006, pp.103-116.

Essa nova perspectiva de educação para o campo orienta-se em um novo paradigma. É uma perspectiva que procura questionar o conhecimento científico considerado universal e a transposição do conhecimento das escolas urbanas para as rurais. Questiona a visão urbanocêntrica, assim como também analisa criticamente a escola rural e as propostas desenvolvimentistas para o campo, centradas, principalmente, no agronegócio e na exploração dos recursos naturais. Para tanto, ressalta a importância de se contemplarem, nessa nova base paradigmática, as reflexões em relação à sustentabilidade e à diversidade, as quais preconizam as relações entre os seres humanos e a natureza e entre os seres humanos e os demais seres dos ecossistemas, ou seja, busca-se a sustentabilidade ambiental, agrária, agrícola, social, econômica, política e cultural, assim como a equidade de gênero, geração, etnicorracial e a diversidade sexual, constituindo-se, assim, em um reconhecimento do direito dos povos do campo a uma educação que vai além da concepção de espaço geográfico e compreende as necessidades culturais e a formação integral das pessoas.

No sentido de criar um espaço de discussão sobre a educação do campo, no final dos anos 1990, os movimentos sociais ligados às causas dos camponeses e pela reforma agrária criaram uma Articulação Nacional Por uma Educação do Campo, composta por movimentos sociais, organizações não governamentais, representantes das universidades e de órgãos públicos. Esse movimento destaca a importância da educação como parte de um projeto de emancipação social e política que fortaleça a cultura e os valores das comunidades camponesas, vinculada ao seu projeto de desenvolvimento autossustentável. Neste sentido, preconiza que essa educação seja fundamentada em princípios que valorizem os povos que vivem no campo, respeitando sua diversidade.

É nas duas Conferências Nacionais de Educação do campo, realizadas em 1998 e em 2004, em Luiziana-Goiás-Brasil, que as discussões advindas dos movimentos sociais e outros setores organizados da sociedade encontraram maior espaço. A I Conferência Nacional Por uma Educação Básica do Campo, realizada em 1998, instaurou uma nova forma de lutar e de pensar a educação para o povo brasileiro que trabalha e que vive no e do campo. Dessa forma, os movimentos sociais inauguraram uma nova referência para o debate e a mobilização popular: “a educação do campo e não mais a educação rural ou a

educação para o meio rural”<sup>9</sup>. Foi reafirmado que o campo é espaço de vida digna e que é legítima a luta por políticas públicas específicas e por um projeto educativo próprio para seus sujeitos.

A partir da organização dos trabalhadores e trabalhadoras do campo, no âmbito da luta por políticas públicas, uma conquista importante foi a aprovação das “Diretrizes Operacionais para a Educação Básica nas Escolas do Campo”<sup>10</sup> e que considera o campo como “um campo de possibilidades que dinamizam a ligação dos seres humanos com a própria produção das condições da existência social e com as realizações da sociedade humana”.Essas diretrizes representam um grande marco para a educação do campo, na medida em que incorporam reivindicações dos movimentos sociais vinculados aos povos do campo.

As Diretrizes Operacionais têm como pretensão universalizar a educação básica e a educação profissional com qualidade social, ao considerar a importância dessa educação para o desenvolvimento social, “economicamente justo e ecologicamente sustentável”. Essa questão é reforçada ao se proporem mecanismos de “gestão democrática” através do controle social pela “efetiva participação da comunidade do campo” na escola, instrumentalizada pelo projeto político-pedagógico da escola e pela participação da comunidade em Conselhos escolares ou equivalentes, conforme o artigo 10 das Diretrizes Operacionais e artigo 14 da Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (LDB).

Ao lado dessas Diretrizes Operacionais, o movimento denominado inicialmente de “Por Uma Educação Básica do Campo” e sendo alterado a partir dos debates realizados, na II Conferência Nacional de Educação do Campo, em 2002, para “Por Uma Educação do Campo”, são conquistas importantes para o conjunto das organizações de trabalhadores e trabalhadoras do campo, no âmbito da luta por políticas públicas, na medida em que introduziu a educação do campo na agenda de lutas e de trabalho de um número cada vez maior de movimentos sociais e sindicais desses trabalhadores, o que vem pressionando sua inclusão na agenda de alguns governos municipais, estaduais e também na agenda do

---

<sup>9</sup> Caldart, R.;Cerioli, Paulo R.; Fernandes, Bernardo M. Primeira Conferência Nacional. “Por Uma Educação do Campo”. In: Arroyo, Miguel G.; Caldart, Rosely Salette; Molina, Mônica C.(Org). *Por uma educação do campo*. Petrópolis: Ed.Vozes,2004, pp. 127.

<sup>10</sup> Brasil.Resolução CNE/CEB nº 01/2001. *Diretrizes Operacionais para a Educação Básica nas Escolas do Campo*. Brasília: MEC/CNE, 2002.

governo federal. Este movimento busca afirmar a necessidade de uma educação que extrapole o nível da escola formal em que “temos direito ao conjunto de processos formativos já constituídos pela humanidade”, mas “o direito à escola pública do campo, pela qual lutamos, compreende da educação infantil à Universidade”<sup>11</sup>.

Esta II Conferência contou com um quantitativo de participantes bem maior do que na I Conferência (1100 pessoas) e reforçou as propostas da I Conferência, buscando efetivar no Brasil um tratamento público específico para a Educação do Campo, conforme compromisso coletivo reafirmado pelos participantes na Declaração Final da II Conferência<sup>12</sup>.

A proposta “Por Uma Educação do Campo” se constitui em uma luta dos povos do campo por políticas públicas que assegurem o seu direito à educação e a uma educação que seja no e do campo: “No: o povo tem direito a ser educado onde vive; Do: o povo tem direito a uma educação pensada desde o seu lugar e com a sua participação, vinculada a sua cultura e às suas necessidades humanas e sociais”. A perspectiva da luta dos povos do campo por educação ocorre no campo das políticas públicas, porque busca universalizar o acesso de todo o povo à educação, porém uma educação de qualidade, uma educação que forme pessoas como “sujeitos de direito”. Preconizam também que “é preciso colocar o debate no âmbito geral da educação e no debate de um projeto popular de desenvolvimento do país”<sup>13</sup>.

O percurso que vem fazendo, recentemente, a educação do campo, demonstra a face questionadora dessa educação, trazida pelos movimentos sociais, ao buscarem interrogar a sociedade, o Estado e suas políticas, o sistema escolar, a escola, o currículo, a formação e a prática docente, os dirigentes estaduais e municipais de educação e os centros de formação de educadores e educadoras do campo.

Segundo Arroyo, são interrogações que vêm da diversidade dos movimentos sociais e dos povos do campo organizados. Esses movimentos revertem a imagem dos povos do campo de “sujeitos vistos como ignorantes, serviçais, massa fácil de manobra das

---

<sup>11</sup> Caldart, Roseli Salete. “Por uma educação do campo: traços de uma identidade em construção”. In: Arroyo, M.; Caldart, R.; Molina, M (Orgs.). *Por uma Educação do Campo*. Petrópolis: Ed.Vozes, 2004, p.1

<sup>12</sup> Segunda Conferência Nacional Por Uma Educação do Campo. Declaração Final. *Por uma política pública de educação do campo*, Luziânia, GO, 2 A 6 de agosto de 2004 (Digitado), 2004, p.3.

<sup>13</sup> Caldart, Roseli Salete. “Por uma educação do campo: traços de uma identidade em construção”. In: Arroyo, M.; Caldart, R.; Molina, M (Orgs.). *Por uma Educação do Campo*. Petrópolis: Ed.Vozes, 2004, p.149.

elites agrárias e políticas” e “receptores de dádivas” para “construtores das políticas públicas como sujeitos coletivos”<sup>14</sup>. É a busca do direito à diferença que exige a especificidade sem desvalorização, a alternativa sem culpabilização, a aplicação rigorosa de um imperativo categórico, conforme o enunciado por Boaventura de Sousa Santos: “temos o direito a ser iguais, sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza”<sup>15</sup>.

Ao surgir, a partir das lutas dos trabalhadores, a educação do campo se origina de outro olhar sobre o campo, sobretudo de um olhar sobre o papel do campo em um projeto de desenvolvimento e sobre os diferentes sujeitos do campo. Uma visão que considera o campo como espaço de democratização da sociedade brasileira e de inclusão social, que defende o direito que os povos do campo têm de pensar o mundo a partir do lugar onde vivem, ou seja, da terra em que pisam, e que os projetem como “sujeitos de história e de direitos; como sujeitos coletivos de sua formação enquanto sujeitos sociais, culturais, éticos e políticos”<sup>16</sup>.

### 3. A educação do campo e a escola do campo

Compreender a questão da Educação do Campo e da escola do campo requer situá-la em seus princípios balizadores. Esses princípios foram fruto de reflexões do Grupo Permanente de Trabalho de Educação do Campo (GPT), instituído pelo Ministério da Educação (MEC), em 2003, e compõem as Referências para uma Política Nacional de Educação do Campo-Caderno de Subsídios.

O GPT assume uma agenda de trabalho para discutir e subsidiar a construção de políticas de Educação do Campo que atendam às necessidades educacionais, respeitem a diversidade cultural e as diferentes experiências de educação em desenvolvimento e sejam um instrumento para o desenvolvimento sustentável nas cinco regiões do país. Esse grupo se pauta em dois elementos que fundamentam a Educação do Campo: a superação da dicotomia entre rural e urbano; relações de pertença diferenciadas e abertas para o mundo.

---

<sup>14</sup> Arroyo, Miguel. “A escola do campo e a pesquisa do campo: metas”. In: Molina, Mônica C. *Educação do campo e pesquisa: questões para reflexão*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2006, p.1.

<sup>15</sup> Santos, Boaventura de S. (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 339.

<sup>16</sup> Arroyo, Miguel; Caldart, Roseli; Molina, Mônica (Orgs). *Por uma educação do campo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004, p.11-12.

São os seguintes princípios da Educação do Campo colocados pelo GPT: A Educação do Campo de qualidade é um direito dos povos do campo:

- I. A Educação do Campo e o respeito às organizações sociais e o conhecimento por elas produzido;
- II. A Educação do Campo no campo;
- III. A Educação do campo enquanto produção de cultura;
- IV. A Educação do campo na formação dos sujeitos;
- V. A Educação do Campo como formação humana para o Desenvolvimento Sustentável;
- VI. A Educação do Campo e o respeito às características do Campo.

Os princípios norteadores da Educação do Campo foram reafirmados e ampliados através do Decreto nº 7.352 /2010<sup>17</sup>, o qual dispõe sobre a Política de educação do campo e o Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária (PRONERA).

No Artigo 2º desse Decreto são colocados como princípios da Educação do Campo:

- o Respeito à diversidade do campo em seus aspectos sociais, culturais, ambientais, políticos, econômicos, de gênero, geracional e de raça e etnia;
- o Incentivo à formulação de projetos político-pedagógicos específicos para as escolas do campo, estimulando o desenvolvimento das unidades escolares como espaços públicos de investigação e articulação de experiências e estudos direcionados para o desenvolvimento social, economicamente justo e ambientalmente sustentável, em articulação com o mundo do trabalho;
- o Desenvolvimento de políticas de formação de profissionais da educação para o atendimento da especificidade das escolas do campo, considerando-se as condições concretas da produção e reprodução social da vida no campo;
- o Valorização da identidade da escola do campo por meio de projetos pedagógicos com conteúdos curriculares e metodologias adequadas às reais necessidades dos alunos do campo, bem como flexibilidade na organização

---

<sup>17</sup> Brasil. *Decreto nº 7.352 /2010*-Dispõe sobre a política de educação do campo e o Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária – PRONERA.

escolar, incluindo adequação do calendário escolar às fases do ciclo agrícola e às condições climáticas;

- o Controle social da qualidade da educação escolar, mediante a efetiva participação da comunidade e dos movimentos sociais do campo.

Nesse contexto de construção da Educação do Campo, em que a participação dos movimentos sociais do campo se constituiu como incentivadores dessa construção, foram criados espaços interinstitucionais e instrumentos normativos para a sua concretização. Há uma reconfiguração do mundo rural, o debate e o movimento sobre a terra, o trabalho, a educação e a reforma agrária ganham nova força e visibilidade. Há pressão por políticas públicas para populações que se encontram excluídas da vida produtiva e social, defendendo uma participação política efetiva.

Nesse processo de construção, permeado por conflitos, a escola ganha um novo sentido, não apenas pelas exigências de atendimento às crianças e jovens. Apresenta-se um debate sobre o sentido da escola, sobre o seu caráter formativo, sobre a formação de professores/as, sobre o aprendizado que deve ser efetivado e sobre a elaboração de uma proposta pedagógica que esteja em sintonia com a história de luta dos trabalhadores/as e dos demais povos do campo. É um movimento por uma educação básica do campo, empreendido por diversas organizações e movimentos sociais, no sentido de pensar a aprendizagem para além da escola e de travar uma luta que é, ao mesmo tempo, política e pedagógica, de valorização de uma população que vive e trabalha no campo e de sua capacidade de mobilização e organização social.

É nesse movimento que se situa a Escola do Campo. Compreender a identidade da escola do campo requer reconhecer a relação entre cultura e escola e que as questões culturais sempre estiveram presentes em debates sobre a Educação do Campo e sobre a escola.

Nesse sentido, Forquin revelou a existência de uma “relação íntima, orgânica” entre educação e cultura e considera a escola como um “mundo social” de características e vida próprias, nomeado de cultura de escola<sup>18</sup>. Assim, a escola se identifica como um

---

<sup>18</sup> Forquin, Jean-Claude. *Escola e cultura: as bases sociais e epistemológicas do conhecimento escolar*. Tradução: Guacira Lopes Louro. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p.197.

espaço de cruzamento de culturas, de respeito às diferenças e de mediação reflexiva dos múltiplos conhecimentos.

A Educação do Campo se insurge desafiando o formato da escola pública, a qual, historicamente, não vem atendendo à realidade dos povos do campo. Desafia o ritual homogêneo e fragmentado da organização do trabalho pedagógico e insurge a construção de novas experiências de gestão e de trabalho pedagógico na escola. A Educação do Campo precisa contemplar experiências escolares e não escolares, que poderiam potencializá-la, em nome da transformação social, em oposição à conservação.

A Resolução CNE/CEN 1, de 2002, que institui as Diretrizes operacionais para a educação básica nas escolas do campo reconhece no seu Art.2º que a escola do campo tem a identidade vinculada à realidade na qual está inserida. Em seu Art.4,º ressalta a importância da educação para o exercício pleno da cidadania e para um desenvolvimento do país que considere a solidariedade e a justiça social, através de um projeto institucional de escola do campo que trabalhe nesse sentido.

A Resolução nº 2/2008 (Brasil, 2008)<sup>19</sup> que estabelece diretrizes complementares, normas e princípios para o desenvolvimento de políticas públicas de atendimento da Educação Básica do Campo coloca em seu Art. 7º, que a Educação do Campo deverá oferecer sempre o indispensável apoio pedagógico aos alunos. Isso inclui condições infraestruturais adequadas, bem como materiais e livros didáticos, equipamentos, laboratórios, biblioteca e áreas de lazer e desporto, em conformidade com a realidade local e as diversidades dos povos do campo, com atendimento ao Art. 5º das Diretrizes Operacionais para a Educação Básica nas Escolas do Campo.

É fundamental ter uma compreensão da escola, incluindo a escola no mundo rural, para além dela própria. Pensar a escola é pensar, em primeiro lugar, no espaço em que está localizada, em suas necessidades e fragilidades, mas também suas potencialidades. A escola precisa estar em sintonia com as mudanças que acontecem no local, com as novas necessidades criadas e recriadas e com as expectativas de formação que vão se constituindo de acordo com o modo de vida e de trabalho, que também estão em transformação. Pensar a

---

<sup>19</sup> Brasil. Resolução CNE/CEB, nº 2/2008. *Diretrizes Complementares, Normas e Princípios para o Desenvolvimento de Políticas Públicas de Atendimento da Educação Básica do Campo*. Brasília: MEC/CNE, 2008.

escola do campo é não reduzir a questão aos limites da escola e sim considerar os diversos espaços e formas de educação<sup>20</sup>.

A escola do campo precisa explicitar os conflitos e as tensões decorrentes da construção de práticas educativas questionadoras da realidade social. À escola cabe apreender e intervir no contexto social, econômico e cultural em que está inserida.

A Educação do e no Campo vai além da educação formal e da escola, na medida em que ela possibilita a construção de um projeto educativo que dialoga com a realidade mais ampla onde ela está inserida. A escola não pode ser vista como uma entidade fechada em si mesma, alheia à dinâmica social, mas inserida e tendo sua função nessa dinâmica. Para tanto, é fundamental que a escola do campo se engaje na construção de uma matriz produtiva camponesa, como parte das lutas mais gerais do campo.

Alguns estudos que discutem o significado da escola rural para o camponês têm apresentado que o movimento social do campo vem realizando ações com vistas à construção de uma escola pública sintonizada com os interesses dos povos do campo. Na concretização dessa escola torna-se necessário deslocar radicalmente os sujeitos e os propósitos da educação escolar, colocando no centro os usuários e seus interesses. Isso significa, em última instância, que a luta pela escola do/a trabalhador/a rural está intimamente vinculada à luta pela superação das desigualdades sociais.

Pesquisas mostram, também, que embora a realização do projeto político-pedagógico da escola do campo seja uma tarefa complexa, o próprio movimento popular vem, historicamente, atuando na sua construção, tendo em vista que esta nova escola se torna cada vez mais necessária como instrumento de apoio técnico, intelectual e político nas lutas que os/as trabalhadores/as do campo travam diariamente para ter direito a uma educação do campo de qualidade social.

Na Escola do Campo, nos diversos níveis, vários aspectos podem ser trabalhados, como, por exemplo, identificar quais são os povos do campo existentes em cada região e como se constitui a identidade de cada um destes povos. É importante, ainda, identificar: as diferenças de gênero, de etnia, de religião, de geração; os diferentes jeitos de produzir e de

---

<sup>20</sup> Pires, Angela Maria M. da M. *Educação do campo como Direito Humano*. São Paulo: Cortez (Coleção Educação em Direitos Humanos), 2012.

viver; os diferentes modos de olhar o mundo; os diferentes modos de conhecer a realidade no sentido de tratar a educação do campo como direito humano.

#### **4. Considerações finais**

A educação do campo como direito humano é uma conquista dos povos que vivem e trabalham no campo. São populações que, segundo as suas especificidades, têm as suas diferentes formas de organização, de luta e de resistência.

Neste sentido, os movimentos sociais do campo veem se constituindo como agente principal da luta pela terra, que aponta para a emergência de outra matriz no sentido de discutir, propor e lutar por uma escola em que a educação seja construída com a participação efetiva dos sujeitos do campo. Uma escola que seja “do e no campo”, isto é, com vínculos de pertencimento político e cultural.

A luta dos povos do campo através dos movimentos sociais suscitou uma maior participação do Estado Brasileiro na construção de políticas públicas específicas para a educação do campo, o que foi instrumentalizado com a aprovação de uma legislação direcionada a essa questão.

Esse escopo normativo estatal vem sendo construído a partir das articulações sociedade civil organizada e Estado, apontando, assim, para um processo de construção democrática em que vem possibilitando aos povos do campo participarem na elaboração e controle das políticas públicas, exercendo forças de pressão junto às formas de exercício da democracia representativa.

Compreendendo que um processo de construção de políticas públicas é permeado de conflitos e tensões, a construção da Educação do Campo, no Brasil, como direito humano, vem apresentando limites e avanços, construção e desconstrução.

Em que pese o fortalecimento do processo democrático para elaboração das políticas educacionais e, no caso, a da educação do campo, com a criação de espaços institucionais de participação da sociedade civil, instrumentos legais organizada e Estado etc. e que vem avançando nos últimos anos, compreendemos que nem sempre as decisões deliberadas coletivamente nesses espaços são incorporadas aos documentos legais, como no caso das propostas deliberadas sobre a Educação do Campo na Conferência Nacional de

Educação -2010, que na sua maioria não foram contempladas no Plano Nacional de Educação- 2014/2024<sup>21</sup>.

Depreende-se que, para a construção de uma proposta de educação do campo como direito humano, faz-se necessária uma ação articulada Estado/sociedade civil, no sentido de que sejam viabilizadas as condições políticas para que as decisões tomadas, coletivamente, nos espaços colegiados, sejam consideradas de fato, nos instrumentos legais e implementadas as metas e ações decorrentes das decisões políticas.

### Referências Bibliográficas

- Arroyo, Miguel. “A escola do campo e a pesquisa do campo: metas”. In: Molina, Mônica C. *Educação do campo e pesquisa: questões para reflexão*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2006, pp.103-116.
- Arroyo, Miguel; Caldart, Roseli; Molina, Mônica (Orgs). *Por uma educação do campo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.
- Brasil. *Decreto nº 7.352 /2010-Dispõe sobre a política de educação do campo e o Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária – PRONERA*.
- \_\_\_\_\_.Resolução CNE/CEB nº 01/2001. *Diretrizes Operacionais para a Educação Básica nas Escolas do Campo*. Brasília: MEC/CNE, 2002.
- \_\_\_\_\_.Resolução CNE/CEB, nº 2/2008. *Diretrizes Complementares, Normas e Princípios para o Desenvolvimento de Políticas Públicas de Atendimento da Educação Básica do Campo*. Brasília: MEC/CNE, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Programa Nacional de Direitos Humanos 3*. SDH/PR Brasília, 2010.
- \_\_\_\_\_.*Plano Nacional de Educação: 2014-2024 -Lei n.º 13.005/14*, Brasília, 19p.
- Caldart, Roseli Salete. “Por uma educação do campo: traços de uma identidade em construção”. In: Arroyo, M.; Caldart, R.; Molina. M. (Orgs.). *Por uma Educação do Campo*. Petrópolis: Ed.Vozes, 2004, pp. 147-158.
- \_\_\_\_\_; Cerioli, Paulo R.; Fernandes, Bernardo M. Primeira Conferência Nacional “Por Uma Educação do Campo”: texto preparatório. In: Arroyo, Miguel G.; Caldart, Rosely Salete 7 Molina, Mônica C.(Org). *Por uma educação do campo*. Petrópolis: Ed.Vozes, 2004, pp.19-62.

---

<sup>21</sup> Brasil. *Plano Nacional de Educação: 2014-2024 -Lei n.º 13.005/14*, Brasília, p. 19.

- Fernandes, Bernardo. “Os campos da pesquisa em educação do campo; espaço e território como categorias essenciais”. In: Molina, M.(Org). Brasil. Ministério do Desenvolvimento Agrário. *Educação do campo e pesquisa: Questões para reflexão*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2006, p. 27-39.
- Forquin, Jean-Claude. *Escola e cultura: as bases sociais e epistemológicas do conhecimento escolar*. Tradução: Guacira Lopes Louro. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
- Leite, Sérgio Celoni. *Escola rural: urbanização e políticas públicas*. São Paulo: Cortez (Coleção questões da nossa época: v.70), 1999.
- Martins, José de S. *Caminhada no chão da noite: emancipação política e libertação nos movimentos sociais*. São Paulo: Editora Hucitec, 1989.
- Molina Monica, C. (Org). *Educação do Campo e pesquisa II: questões para reflexão*. Brasília: MDA/MEC, 2010.
- Pires, Angela Maria M.da M. *Educação do campo como Direito Humano*. São Paulo: Cortez (Coleção Educação em Direitos Humanos), 2012.
- Santos, Boaventura de S. (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- Segunda Conferência Nacional Por Uma Educação do Campo. Declaração Final. *Por uma política pública de educação do campo*, Luziânia, GO, 2 A 6 de agosto de 2004 (Digitado).
- UNESCO. Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural. Disponível em: <<http://www.unescodoc.unesco.org/images/0012/00127/12716por.pdf>>. [15 mar. 2012].



**LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS E O ALUNO SURDO:  
POSSIBILIDADES DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS HUMANOS  
DE UMA MINORIA LINGUÍSTICA**

**BRAZILIAN SIGN LANGUAGE AND DEAF STUDENT:  
POSSIBILITIES OF THE EXERCISE OF HUMAN RIGHTS  
OF A LINGUISTIC MINORITY**

Priscila Soares Vidal Festa  
*FAE Centro Universitário*  
Rúbia Carla Santi  
*Faculdades SECAL*

**Resumo:** Os direitos e a inclusão educacional dos surdos brasileiros tem sido um tema muito discutido no âmbito educacional. Com os movimentos em defesa dos direitos da educação para todos, a importância de explorar esse tema está de acordo com as políticas públicas brasileiras da educação especial na perspectiva da educação inclusiva. Esta questão está diretamente relacionada com os direitos humanos, pois segue o princípio de que “todo ser humano tem o direito de desfrutar de todas as condições necessárias para o desenvolvimento de seus talentos e aspirações, sem ser submetido a qualquer tipo de discriminação”. Mediante o contexto exposto, surge a seguinte problematização: quais são os pressupostos que permitem o surdo ter o seu direito de utilizar a Libras (Língua Brasileira de Sinais) no território brasileiro? Para isso, este trabalho tem como objetivo apresentar reflexões a respeito da condição dos alunos surdos brasileiros enquanto minoria linguística. A presente pesquisa possui caráter qualitativo e em relação ao objetivo proposto, é exploratória. O procedimento técnico adotado neste trabalho foi do tipo bibliográfica, utilizando livros, arcabouço normativo a respeito dos direitos humanos e surdez além de artigos pesquisados no *Scielo*. As considerações finais se fazem presentes no sentido de evidenciar que o respeito da inclusão de surdos, defende que o movimento de inclusão atual é um fenômeno de Retórica, no sentido de ser um discurso vazio de conteúdo, pois ainda luta-se por acesso na busca do aumento de matrículas na escola pública ensino regular. Salienta-se ainda no que tange aos direitos humanos, que o respeito a esses deve ser algo que surge do interior de cada pessoa e se converte em uma forma de vida, produto da interação e das experiências compartilhadas entre professores e alunos, pais, filhos, amigos e a sociedade em geral, tornando-se necessário ser discutido com a maior seriedade possível.

**Palavras chave:** Direitos Humanos, Surdez, Língua Brasileira de Sinais.

**Abstract:** The rights and the educational inclusion of the Brazilians deaf has been a very debated theme in the educational scope. With the motion in defense of the education rights for all, the importance of explore this theme is according with the Brazilian public policy of special education in the perspective of inclusive education. This issue is directly associated with human rights, because it follows the principle that “every human being has the right to have all the necessary conditions for development of their talents, without be submitted to any kind of discrimination”. Through the stated context, comes the following question: what are the assumptions that allow the deaf to have their right to use the Libras (Brazilian Sign Language) on Brazilian territory? To that, this work aims to present reflections on the condition of Brazilian deaf students as linguistic minority. This is qualitative research and in relation with the proposed objective, is exploratory. The technical procedure used in this work was bibliographical, using books, normative base regarding human rights and deafness, besides articles surveyed on *Scielo*. The final considerations are present in order to demonstrate that concerning the deaf inclusion,

argues that the current inclusion movement is a rhetoric case, because it shows an empty speech, since still struggle to access in the pursuit to increase the registry in regular public school education. It is pointed out more about the human rights, that the respect to those must be something that emerge from inside each person and be converted to a way of life, product of interaction and shared experiences between teachers and students, fathers, sons, friends and all the society, making it necessary to be discussed with major seriousness possible.

**Key-words:** Human Rights, Deafness, Brazilian Sign Language.

## 1. Introdução

Os direitos e a inclusão educacional dos surdos brasileiros tem sido um tema muito discutido no âmbito educacional. De acordo com o Censo 2010 do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), estima-se que existem cerca de 45,6 milhões de pessoas que apresentam alguma deficiência (visual, auditiva, motora e intelectual) representando 23,92% da população total do Brasil. Em relação à surdez, cerca de 5,1% da população são surdas, cerca de 9 milhões<sup>1</sup>.

Por meio desses dados é possível perceber a abrangência das ações educativas voltadas para as pessoas com deficiência, no sentido de realizar as políticas públicas e colocá-las em prática, de modo que garantam o seu pleno desenvolvimento na sociedade.

Com os movimentos em defesa dos direitos da educação para todos, a importância de explorar esse tema está de acordo com as políticas públicas brasileiras da educação especial na perspectiva da educação inclusiva. Esta questão está diretamente relacionada com os direitos humanos, pois segue o princípio de que “todo ser humano tem o direito de desfrutar de todas as condições necessárias para o desenvolvimento de seus talentos e aspirações, sem ser submetido a qualquer tipo de discriminação”<sup>2</sup>.

Mediante o contexto exposto, surge a seguinte problematização: quais são os pressupostos que permitem o surdo ter o seu direito de utilizar a Libras (Língua Brasileira de Sinais) no território brasileiro? Para isso, este trabalho tem como objetivo apresentar reflexões a respeito da condição dos alunos surdos brasileiros enquanto minoria linguística.

---

<sup>1</sup> Brasil. *Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República: Brasília: 2012. p. 6

<sup>2</sup> Brasil. *Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva*. Brasília: SECADI/MEC, 2008.

A presente pesquisa possui caráter qualitativo e em relação ao objetivo proposto, é exploratória. O procedimento técnico adotado neste trabalho foi do tipo bibliográfica, utilizando livros, arcabouço normativo a respeito dos direitos humanos e surdez além de artigos pesquisados no *Scielo*.

## 2. Os direitos humanos e a pessoa com deficiência.

Uma das grandes inquietudes que necessariamente aparecem no renascer democrático do continente latino-americano é a maneira como se reveste, na forma mais rápida e efetiva possível, toda uma ideologia atentatória à própria essência do homem. Questionar e banir uma concepção do homem absolutamente equivocada.

Durante as últimas décadas, testemunha-se do esvaziamento econômico, cultural e humanitário dos povos. A vida humana viu-se logo submetida aos interesses daqueles que se outorgavam o direito a governar e a decidir pelos cidadãos.

De acordo com Mosca e Aguirre<sup>3</sup>:

As violações dos direitos humanos são o resultado de um processo ‘educativo’ e ‘formativo’ que foi gestado nas cabeças dos que historicamente têm a missão de resguardá-los. Há muitos anos a sociedade está enferma, desumanizada. Seus integrantes, desorientados, pensando em como fazer para que a história retome o seu curso construtivo. Escolas primárias, colégios, universidades, colégios militares, em geral, todos os estratos viram-se invadidos por essa doutrina. O primeiro passo para voltar à civilidade é, sem dúvida, modificar os sistemas educativos implementando programas que, além de não incluir os conceitos próprios desta doutrina, contenham os elementos necessários a formar os estudantes e professores no respeito aos direitos humanos.

Porém, percebe-se não ser suficiente uma mera mudança nos programas de ensino. A importância do tema exige uma prática constante e exemplar dos que propugnam por estas mudanças. A teoria só, não basta. O sistema de ensino deve ser modificado de modo a resumir na sua forma e conteúdo as pautas para a libertação dos povos.

Direitos humanos, por mais naturais que possam parecer, tem seu exercício vinculado à cultura de respeito à dignidade dos seres humanos. Somente no processo histórico é que são reconhecidos, especificados e realizados. Constituem normas e

---

<sup>3</sup> Mosca, Juan José; Aguirre, Luiz Pérez. *Direitos Humanos: pautas para uma educação libertadora*. Rio de Janeiro: Vozes, 1990. p. 13.

instituições, cujo objetivo é definir e proteger liberdades e necessidades no contexto dos anseios que as sociedades vão consolidando.

Segundo Giovannetti<sup>4</sup>:

Assim, a despeito da atmosfera de desesperança do pós-guerra, o anseio por liberdades fundamentais compartilhado por muitos povos e grupos, em 1948, encontra na comissão de redação da Declaração Universal pessoas de espírito elevado, que buscaram consolidar a possibilidade de proteção ao indivíduo. A capacidade e sensibilidade daqueles homens e mulheres permitiram à comunidade internacional assumir o exercício dos direitos humanos como uma causa de interesse de toda a humanidade e lograram lançar as bases de um dos documentos de maior consenso universal.

A ampliação do quadro legal em direitos humanos merece ser celebrada, no entanto, a implementação do arcabouço normativo prossegue enfrentando obstáculos. Muito já se tem alcançado a respeito dessa questão, é fato, especialmente no que se diz respeito ao estabelecimento de padrões mínimos, cuja aceitação é lenta e gradual. O exercício pleno dos direitos humanos implica engajamento e cooperação, tanto dos governos como da sociedade civil. Um processo político e social tanto dos governos como da sociedade civil. Um processo político e social inclusivo, fundado no diálogo e na promoção de uma agenda positiva para a comunidade internacional tem perspectiva concreta de superar tais desafios. Segundo Faganello<sup>5</sup>:

O filósofo inglês John Locke (1632-1704), considerado o pai do naturalismo moderno, apregoava, no século XVII, que o homem enquanto tal possuía direitos que, por natureza, ninguém lhe podia subtrair, nem mesmo o Estado, mas que deveriam ser por ele respeitados.

Esse pensamento foi retomado no século XVIII, ocasião em que foi usado como fundamento para as revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), alimentando o ideal das camadas desprivilegiadas que ansiavam por liberdade, igualdade e fraternidade a partir da ideia do direito natural.

Ainda na ideia do autor, ambas as revoluções deixaram como legado declarações de direitos que, partiam de um ponto em comum, qual seja, a afirmação de

---

<sup>4</sup> Giovannetti, Andrea (org.). *60 anos da declaração universal dos direitos humanos: conquistados do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p. 07.

<sup>5</sup> Faganello, Priscila Liane Fett. *Operações de manutenção da paz na ONU: de que forma os direitos humanos revolucionaram a principal ferramenta internacional da paz*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 23.

que “o homem tem direitos naturais que, enquanto naturais, são anteriores à instituição do poder civil e, por conseguinte, devem ser reconhecidos, respeitados e protegidos por este poder.

Assim, não apenas os Estados são responsáveis, ou as instituições sociais isoladamente, mas também aos indivíduos é atribuído o papel de ter sempre em mente os direitos e liberdades que seriam a seguir enunciados, ensinando e educando para desenvolver o respeito ao que se propunha então como patrimônio comum da humanidade e legado para as futuras gerações, em todo o planeta. Ou seja, compreende a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, para ser alcançado, tudo o que então se proclamava dependeria de esforço conjunto, intencional, de ordem individual, nacional e internacional, no qual a educação seria indispensável e teria papel central.

Ao recorrer aos documentos sobre direitos humanos, encontra-se no Artigo 26 da Declaração dos Direitos Humanos<sup>6</sup>, de 1948, que toda a pessoa tem direito à educação, pois essa deve visar a compreensão, tolerância e a amizade entre todas as nações.

Outro documento de suma importância na garantia da educação, é a Constituição Federal do Brasil de 1988<sup>7</sup>, em seu artigo 205 que garante a educação como um direito de todos.

Dessa forma, percebe-se a educação de qualidade precisa ser estendida à todas as pessoas, constituindo-se dessa forma como um direito humano. Logo, ter uma deficiência não é motivo para a exclusão das pessoas que possuem necessidades educacionais especiais da escola comum. Ao contrário, estas têm o direito de receber uma educação de qualidade que visa o seu desenvolvimento enquanto cidadão e parte de uma sociedade que necessita ser mais justa e igualitária, mas considerando as adaptações necessárias para cada caso.

Na perspectiva da inclusão educacional, a Declaração de Salamanca elaborada na “Conferência Mundial sobre as necessidades educacionais especiais – acesso e qualidade” em 1994, na Espanha, traz em seu conteúdo que “todas as escolas devem acolher todas as crianças, “todas as escolas devem acolher todas as crianças,

---

<sup>6</sup> ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948.

<sup>7</sup> Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988.

independentemente de suas condições pessoais, culturais e sociais”<sup>8</sup>, inclusive as crianças com deficiência.

Esse documento, sendo uma fonte para os movimentos de inclusão, traz o conceito de necessidades educacionais especiais, referindo-se às crianças ou jovens que possuem uma deficiência ou dificuldade de aprendizagem. Em relação à escola inclusiva, esta Declaração ainda traz que esta necessita prover um ambiente propício para a promoção da aquisição de igualdade de oportunidade e de total participação das crianças com necessidades educacionais especiais, mas para que isso aconteça, é preciso um esforço dos professores, profissionais da escola, colegas de turma, famílias e voluntários. Portanto, acredita-se que para a realização da inclusão, faz-se necessária a mediação desses grupos em favor do desenvolvimento das crianças com deficiência que estão incluídas nas escolas comuns.

Dessa forma, a prática e a efetivação dos direitos da pessoa com deficiência abrange duas vertentes: a de garantir o direito universal do ser humano e a do direito de grupos específicos, procurando dessa forma minimizar ou até visar a eliminação dessa lacuna existente entre as condições das pessoas com deficiência e as das pessoas sem deficiência.

As pessoas com deficiência têm os mesmos direitos que as pessoas sem deficiência. No entanto, elas nem sempre conseguem clamar por seus direitos nas mesmas condições em que o fazem as pessoas sem deficiência, devido a desvantagens impostas pela restrição de funcionalidades e pela sociedade, que lhes impõe barreiras físicas, legais e de atitude. Essas barreiras são responsáveis pelo distanciamento que existe na realização dos direitos das pessoas com e sem deficiência<sup>9</sup>.

A busca da diminuição e até da anulação destas barreiras (físicas, legais e atitudinais) nas áreas que envolvem a vida das pessoas com deficiência, culminará na efetividade das políticas públicas e na garantia de seus direitos na prática.

Para refletir como a inclusão de alunos surdos na escola comum efetiva-se na prática, faz-se necessário retomar os direitos que já foram garantidos a esse alunado por meio da legislação.

---

<sup>8</sup> UNESCO; Ministério da Educação. *Espanha. Declaração de Salamanca e linha de ação*. Brasília: Corde, 1994. p. 3.

<sup>9</sup> Brasil. *Cartilha do Censo 2010*. 2012. p.6.

### 3. Os direitos humanos e a comunidade surda: a defesa da Língua Brasileira de Sinais

Embora a Libras (Língua Brasileira de Sinais) tenha sido oficializada no Brasil apenas em 2002, as discussões a respeito da conquista deste direito à comunicação têm suas marcas a partir da década de 1980. Exemplo disso, é o texto produzido por Gomes de Matos<sup>10</sup>, em 1984, a respeito do direito linguístico dos surdos brasileiros sendo eles: direito à igualdade linguística, direito à aquisição de linguagem, direito ao uso da língua materna em seu caráter permanente (nesse caso, a Libras), direito a fazer opções linguísticas de acordo com suas necessidades comunicativas, direito da preservação e defesa de sua língua materna enquanto minoria linguística, direito ao enriquecimento e à valorização da língua materna, direito à aquisição e aprendizagem de uma segunda língua, direito à compreensão plena, direito de receber tratamento especializado para distúrbios da comunicação no caso de desejar a aquisição da língua oral, direito linguístico do surdo ser aprendiz da língua oral e de ser bilíngue<sup>11</sup>.

Em 2002, a Lei nº 10.436 de 24 de Abril trouxe avanços na educação de surdos no Brasil. Um deles, foi o reconhecimento da Libras (Língua Brasileira de Sinais) enquanto um meio legal de comunicação e expressão da comunidade surda brasileira. A definição atribuída à essa língua é descrita no parágrafo único dessa lei:

Entende-se como Língua Brasileira de Sinais - Libras a forma de comunicação e expressão, em que o sistema linguístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, constituem um sistema linguístico de transmissão de ideias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil<sup>12</sup>.

Além de oficializar a Libras no território brasileiro, com o objetivo de divulgar essa língua, no Artigo 4º traz a inclusão do ensino de Libras em cursos de formação de Educação Especial, Fonoaudiologia e do Magistério (níveis médio e superior) como parte integrante dos PCNs – Parâmetros Curriculares Nacionais.

Na questão linguística, ainda afirma o caráter bilíngue do surdo, ao pontuar que a Libras não poderá substituir a modalidade escrita da Língua Portuguesa. Portanto, ao

---

<sup>10</sup> Matos, Gomes de. "Direitos Linguísticos dos Surdos". 1984. In Brito, Lucinda Ferreira. *Integração Social e Educação de Surdos*. Rio de Janeiro: BABEL Editora, 1993.

<sup>11</sup> Matos, Gomes de. "Direitos Linguísticos dos Surdos". 1984. In Brito, Lucinda Ferreira. *Integração Social e Educação de Surdos*. Rio de Janeiro: BABEL Editora, 1993.

<sup>12</sup> Brasil. *Lei nº 10.436, de 24 de Abril de 2002*. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, 2002.

surdo brasileiro são conferidas duas línguas: Libras, sendo sua língua materna e a língua portuguesa, como a língua oficial do país.

O Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, define a pessoa surda como “aquela que, por ter perda auditiva, compreende e interage com o mundo por meio de experiências visuais, manifestando sua cultura principalmente pelo uso da Língua Brasileira de Sinais – Libras”<sup>13</sup>.

O documento ainda especifica que a inclusão da disciplina de Libras é obrigatória para todos os cursos de licenciatura nas diferentes áreas de conhecimento como o curso normal médio e superior, o de Pedagogia e de Educação Especial, assim como sua inserção enquanto disciplina curricular optativa nos demais cursos de educação profissional e educação superior.

Sobre as especificidades dos alunos surdos, comentadas no Artigo 14 do Decreto nº 5.626/2005, Santana e Guarinello<sup>14</sup> apresentam que ainda não há um consenso sobre a abordagem educacional bilíngue em relação à aprendizagem da segunda língua do surdo. Enquanto alguns defendem que a Libras precisa ser aprendida antes do Português por apresentarem uma estrutura linguística diferente, outros argumentam que as duas línguas precisam ser aprendidas de modo simultâneo e ainda existem opiniões que apoiam a aprendizagem da Língua Portuguesa somente na modalidade escrita e não na oral.

A respeito disso, o Decreto nº 5.626/2005 traz no Artigo 16 que a modalidade oral da Língua Portuguesa na educação básica, deve ser ofertada por meio de ações conjuntas entre as áreas da saúde e da educação, “resguardado o direito de opção da família ou do próprio aluno por essa modalidade”. Nesse sentido, além da opinião dos profissionais sobre a abordagem bilíngue, o governo brasileiro entende que antes de tudo, essa precisa ser uma opção da família ou da manifestação do próprio aluno surdo, revelando dessa forma mais uma variante desse complexo tema.

Em relação à educação dos surdos, oferta-se a educação bilíngue realizada em escolas bilíngues e em escolas comuns da rede regular de ensino com a presença de professores que compreendam a singularidade linguística dos alunos surdos contando com a presença de tradutores e intérpretes de Libras- Língua Portuguesa.

---

<sup>13</sup> Brasil. *Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005*. artigo 2.

<sup>14</sup> Santana, Ana Paula e Guarinello, Ana Cristina. “Fonoaudiologia e a abordagem bilíngue: do aspecto clínico ao educacional”. In Bagarollo, Maria Fernanda; França, Denise Maria Vaz Romano (orgs.). *Surdez, Escola e Sociedade: reflexões sobre Fonoaudiologia e Educação*. Rio de Janeiro: WAK Editora, 2015.

Segundo o Artigo 14, inciso III, os sistemas federais de ensino devem prover escolas inclusivas que tenham o professor de Libras ou instrutor de Libras, a presença do tradutor e intérprete de Libras - Língua Portuguesa, um professor que ministre a Língua Portuguesa como segunda língua para os surdos e o professor regente de classe que tenha conhecimentos sobre a singularidade linguística manifestada pelos alunos surdos. Para os alunos surdos, também lhes é garantido o Atendimento Educacional Especializado (AEE).

A inclusão de pessoas com surdez na escola comum requer que se busquem meios para beneficiar sua participação e aprendizagem tanto na sala de aula como no Atendimento Educacional Especializado <sup>15</sup>.

Para a autora, apenas adotar a Libras na escola não é suficiente para que o aluno surdo possa desenvolver-se. Se a língua fosse o único motivo para aprender, as pessoas ouvintes não apresentariam dificuldades no aproveitamento escolar, visto que a língua de instrução na escola comum é a oral. Por isso, a escola precisa ofertar a escolarização em um turno e o Atendimento Educacional Especializado em outro momento.

Esse atendimento é composto por três momentos didático-pedagógicos, descritas por Damázio <sup>16</sup>: 1) Momento de atendimento especializado em Libras, em que os conteúdos curriculares são explicados em Libras, preferencialmente por um professor surdo; 2) Momento de atendimento educacional para o ensino de Libras, trabalho realizado pelo professor e/ou instrutor surdo, na busca de favorecer o ensino de termos científicos; 3) Momento de atendimento educacional para o ensino de Língua Portuguesa, em que são trabalhadas as especificidades dessa língua por uma professora de Língua Portuguesa.

A autora ainda afirma que as práticas pedagógicas ainda são o maior problema na educação de alunos surdos na escola comum. É preciso que essas questões sejam discutidas para que os alunos surdos não passem a acreditar que essas dificuldades para realizar a leitura e da escrita sejam provenientes dos limites que a surdez lhes impõe, mas principalmente pelas metodologias adotadas para ensiná-los.

---

<sup>15</sup>Damázio, Mirlene Ferreira. *Atendimento Educacional Especializado: Pessoa com surdez*. SEESP/SEED/MEC: Brasília, 2007. p. 14.

<sup>16</sup> Damázio, Mirlene Ferreira. *Atendimento Educacional Especializado: Pessoa com surdez*. SEESP/SEED/MEC: Brasília, 2007.

Em 2007, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência realizada em Nova York<sup>17</sup> trouxe grandes contribuições para o exercício dos direitos das pessoas com deficiência. Em relação aos surdos, o artigo 21, traz que é dever dos Estados Partes adotar medidas apropriadas que assegurem às pessoas com deficiência o direito à opinião e à liberdade de expressão por meio de todas as formas de comunicação, inclusive da língua de sinais, além de reconhecer e encontrar meios de promover o uso da língua de sinais. Vale ressaltar que no Brasil, esta Convenção foi oficializada por meio do Decreto nº 6.949/2009 e traz em seu artigo 3º como Princípios Gerais da Convenção:

O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive, a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; a não discriminação; a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas como parte da diversidade humana e da humanidade; a igualdade de oportunidades; a acessibilidade; a igualdade entre o homem e a mulher; o respeito pelo desenvolvimento das capacidades crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade<sup>18</sup>.

Outro documento de suma importância no contexto brasileiro é a Lei nº 13.146/2015<sup>19</sup>, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Em relação aos surdos, o artigo 3º traz em seu conteúdo a compreensão de que a Libras é uma forma de interação dos cidadãos e no capítulo V, defende a oferta de educação bilíngue para surdos, sendo a Libras como primeira língua e a Língua Portuguesa na modalidade escrita como segunda língua a ser ministradas em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas.

Em relação às novas perspectivas para a formação de professores, a Resolução nº 2, de 1º de Julho de 2015<sup>20</sup> define as Diretrizes Curriculares Nacionais que contemplam a formação dos cursos de licenciaturas, formação pedagógica para graduados assim como os de segunda licenciatura. Nesse documento, aponta-se que o

---

<sup>17</sup> Brasil. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. 4ª ed., revista e atualizada. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

<sup>18</sup> Brasil. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2009.

<sup>19</sup> Brasil. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). 2010.

<sup>20</sup> Brasil. *Resolução nº 2, de 1º de Julho de 2015*.

professor precisa ter conhecimentos a respeito da Educação Inclusiva, assim como aprender Libras.

Nesse sentido, surgem questões que estão relacionadas não apenas à formação acadêmica do professor, mas sim com os conteúdos éticos da profissão em relação a contribuição da afirmação de uma nação justa, democrática e inclusiva promovendo a emancipação dos sujeitos e de grupos sociais, mediante o reconhecimento da diversidade e de respeito às diferenças.

Segundo Mosca e Aguirre<sup>21</sup>:

Atenta-se para um novo começo, uma nova etapa da vida e na luta dos povos latino-americanos, a participação maciça destes e de suas organizações, muitas delas formadas no contexto das ditaduras militares, sendo uma imperiosa necessidade para a consolidação da democracia. Ela não será conseguida, sem as mudanças profundas que reclama aos gritos à castigada sociedade, entre os quais se acha a profunda revisão e reestruturação do sistema educacional vigente e de uma sistemática e participativa prática do ensino dos Direitos Humanos.

Dessa forma, percebe-se que a inclusão de surdos em escolas comuns da rede regular de ensino necessita de vários profissionais especializados nessa área, além do professor regente de classe que não pode estar alheio às questões linguísticas que envolvem a surdez. Com isso, “ concepções de ensino e aprendizagem no contexto da surdez. Assim, a aprendizagem passa a ser mediada pela língua de sinais e a escola deve contratar novos profissionais para dar conta das especificidades da surdez”<sup>22</sup>.

Logo, a condição necessária para assegurar a educação de qualidade para os surdos pede uma grande reestruturação da escola e uma formação específica do grupo de profissionais que atendem esse alunado.

#### 4. Considerações finais

A questão de assegurar as condições linguísticas para os surdos no Brasil enquanto minoria linguística tem sido embasada nas legislações, além das orientações realizadas pelo Ministério da Educação nos últimos 20 anos. Porém, a realidade

---

<sup>21</sup> Mosca, Juan José; Aguirre, Luiz Pérez. *Direitos Humanos: pautas para uma educação libertadora*. Rio de Janeiro: Vozes, 1990. p. 14.

<sup>22</sup> Santana, Ana Paula e Guarinello, Ana Cristina. “Fonoaudiologia e a abordagem bilíngue: do aspecto clínico ao educacional”. In Bagarollo, Maria Fernanda; França, Denise Maria Vaz Romano (orgs.). *Surdez, Escola e Sociedade: reflexões sobre Fonoaudiologia e Educação*. Rio de Janeiro: WAK Editora, 2015. p. 122.

apresentada, de acordo com Lacerda<sup>23</sup> é que a inclusão destes alunos não envolve apenas a surdez, mas refere-se às formas de convivência dos grupos humanos em sua diversidade e diferença linguística.

De acordo com as questões expostas nesse trabalho a respeito da inclusão de surdos, Mendes<sup>24</sup> defende que o movimento de inclusão atual é um fenômeno de Retórica, no sentido de ser um discurso vazio de conteúdo, pois ainda luta-se por acesso na busca do aumento de matrículas na escola pública ensino regular. Porém, garantir o acesso não é suficiente, seja por meio de filosofias ou da legislação, por isso faz-se necessário questionar as práticas e os conhecimentos necessários para esta inclusão.

Dessa forma, de acordo com a autora, o futuro da inclusão escolar no Brasil irá depender do esforço coletivo para a revisão na postura de pesquisadores, políticos, prestadores de serviços, familiares assim como as pessoas com necessidades educacionais especiais, no sentido de desenvolver um trabalho com uma meta comum, que seria a de garantir uma educação de melhor qualidade para todos os cidadãos.

Outro ponto fundamental é salientar que o ensino dos Direitos Humanos deve verificar-se a partir da realidade em que estejam inseridos os participantes do processo. É a vivência cotidiana e a prática diária, a referência às relações reais estabelecidas pelo educando, o que permitirá a formação das atitudes desejadas.

Analisando-se documentos a respeito evidencia-se que sempre se tem procurado multiplicar as ações coordenadas com países em desenvolvimento, a fim de realizar direitos humanos fundamentais tais como paz e o desenvolvimento, o acesso à alimentação, à saúde e à educação. Têm-se privilegiado a busca por soluções globais para enfrentar problemas de alcance global. A universalidade dos direitos humanos lastreia-se no fato de que, em praticamente todo o mundo, facultada a livre escolha, as pessoas optam por exercê-los.

Pensa-se que ainda há muito por realizar para que se possa concretizar os ideais dessa declaração universal, apoiando-se sempre com maior compromisso aqueles que se dedicam a proteger e a promover os direitos humanos, emprestando-lhes meios adequados para o cumprimento dessa tarefa.

---

<sup>23</sup> Lacerda, Cristina Broglia. “A inclusão escolar de alunos surdos: o que dizem alunos, professores e intérpretes sobre esta experiência”. *Caderno CEDES*, 2006, vol. 26, n.º 69, pp. 163-184.

<sup>24</sup> Mendes, Eniceia Gonçalves. “A radicalização do debate sobre inclusão escolar no Brasil”. *Revista Brasileira de Educação*, 2006, vol. 11, n.º 33, pp.387- 405.

O respeito aos Direitos Humanos deve ser algo que surge do interior de cada pessoa e se converte em uma forma de vida, produto da interação e das experiências compartilhadas entre professores e alunos, pais e filhos, amigos e a sociedade em geral.

Torna-se necessário que este problema seja colocado com a maior seriedade e consciência possível, assumindo-se um verdadeiro papel de compromisso pela defesa dos Direitos Humanos e pela construção de uma sociedade livre de dominações.

A caminhada pelos direitos humanos é a própria luta de nosso povo oprimido, através de um processo histórico que se inicia durante a colonização e que continua dentro da contemporaneidade, na busca de uma sociedade justa, livre igualitária, culturalmente diferenciada e sem classes e a inclusão nesse sentido, torna-se necessária, ampla dentro do exercício e papel do cidadão.

Deve-se para um caminho de construção sobre a rocha dos alicerces de muitas liberdades e fazer com que se vislumbre um caminho no amplo campo dos direitos humanos, acredita-se também que se deve superar uma aproximação meramente verbal e acadêmica. E eis aqui o desafio para o educador.

### Referências Bibliográficas

- Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) [29 julho 2016].
- . *Lei nº 10.436, de 24 de Abril de 2002*. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, 2002. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10436.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10436.htm) [15 agosto 2016].
- . *Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/decreto/d5626.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5626.html) [15 agosto 2016].
- . *Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva*. Brasília: SECADI/MEC, 2008. [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=16690-politica-nacional-de-educacao-especial-na-perspectiva-da-educacao-inclusiva-05122014&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=16690-politica-nacional-de-educacao-especial-na-perspectiva-da-educacao-inclusiva-05122014&Itemid=30192) [29 julho 2016].
- . *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

2009. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.html) [15 agosto 2016].
- . *Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República: Brasília, 2012.
- . *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). 2010. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.html) [15 agosto 2016].
- . *Resolução nº 2, de 1º de Julho de 2015*. Define as Diretrizes Curriculares Nacionais para a formação inicial em nível superior (cursos de licenciatura, cursos de formação pedagógica para graduados) e para a formação continuada. 2015. [http://www.ilape.edu.br/instrumentos-de-avaliacao/doc\\_download/778-resolucao-cne-cp-2-2015-define-as-diretrizes-curriculares-para-os-cursos-de-licenciatura-e-formacao-pedagogica-para-formacao-continuada](http://www.ilape.edu.br/instrumentos-de-avaliacao/doc_download/778-resolucao-cne-cp-2-2015-define-as-diretrizes-curriculares-para-os-cursos-de-licenciatura-e-formacao-pedagogica-para-formacao-continuada) [15 ago 2016].
- . *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. 4ª ed., revista e atualizada. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.
- Damázio, Mirlene Ferreira. *Atendimento Educacional Especializado: Pessoa com surdez*. SEESP/SEED/MEC: Brasília, 2007.
- Faganello, Priscila Liane Fett. *Operações de manutenção da paz na ONU: de que forma os direitos humanos revolucionaram a principal ferramenta internacional da paz*. Brasília: FUNAG, 2013.
- Giovannetti, Andrea (org.). *60 anos da declaração universal dos direitos humanos: conquistados do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.
- Lacerda, Cristina Broglia. “A inclusão escolar de alunos surdos: o que dizem alunos, professores e intérpretes sobre esta experiência”. *Caderno CEDES*, 2006, vol. 26, n.º 69, pp. 163-184.
- Matos, Gomes de. “Direitos Linguísticos dos Surdos”. 1984. In Brito, Lucinda Ferreira. *Integração Social e Educação de Surdos*. Rio de Janeiro: BABEL Editora, 1993.
- Mendes, Eniceia Gonçalves. “A radicalização do debate sobre inclusão escolar no Brasil”. *Revista Brasileira de Educação*, 2006, vol. 11, n.º 33, pp.387- 405.

- Mosca, Juan José; Aguirre, Luiz Pérez. *Direitos Humanos: pautas para uma educação libertadora*. Rio de Janeiro: Vozes, 1990.
- ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. [unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf](https://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf) [15 agosto 2016].
- Santana, Ana Paula e Guarinello, Ana Cristina. “Fonoaudiologia e a abordagem bilíngue: do aspecto clínico ao educacional”. In Bagarollo, Maria Fernanda; França, Denise Maria Vaz Romano (orgs.). *Surdez, Escola e Sociedade: reflexões sobre Fonoaudiologia e Educação*. Rio de Janeiro: WAK Editora, 2015.
- UNESCO; Ministério da Educação. *Espanha. Declaração de Salamanca e linha de ação*. Brasília: Corde, 1994.



*V.6. DERECHO A LA SALUD  
Y A LA ASISTENCIA*



## INTERPRETACIÓN Y AVANCES RECIENTES DEL DERECHO AL DISFRUTE DEL MÁS ALTO NIVEL POSIBLE DE SALUD

### INTERPRETATION AND RECENT DEVELOPMENTS OF THE RIGHT TO THE HIGHEST ATTAINABLE STANDARD OF HEALTH

María Dalli

*Institut de Drets Humans, Universitat de València*

**Resumen:** Desde que se reconociera por primera vez la salud como un derecho humano en el plano internacional, en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946, el desarrollo de este derecho ha sido liderado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC), a partir, principalmente, de su reconocimiento en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966. De esta forma, la OMS abandonó el enfoque jurídico para consolidarse como agencia especializada en materia de políticas de salud pública, mientras que el Comité DESC, órgano encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto, asumió la tarea de desarrollar los derechos reconocidos en el mismo. Así pues, la presente comunicación tiene como objetivos principales, de un lado, sintetizar el alto nivel de interpretación y desarrollo del derecho a través de la Observación General n.º 14 y, de otro lado, abordar dos herramientas recientes y novedosas que ayudan garantizar su eficacia: la utilización de indicadores y la posibilidad de interponer denuncias individuales por vulneración del derecho a la salud. Gracias al elevado nivel de desarrollo alcanzado por el Comité DESC, es posible distinguir en el derecho a la salud una serie de elementos interrelacionados, de componentes o derechos concretos y, también, un contenido mínimo o esencial. Asimismo, Naciones Unidas ha desarrollado una serie de datos que, a través de la información que facilitan, permiten tener conocimiento del grado de cumplimiento de los derechos por los Estados, datos que son conocidos como indicadores estructurales, de proceso y de resultado. Además, el mecanismo de denuncias individuales ante el Comité DESC se introdujo con la entrada en vigor del Protocolo Facultativo al PIDESC, el 5 de mayo de 2013.

**Palabras clave:** Derecho a la salud, Indicadores, Denuncias individuales, Garantías, Derechos sociales.

**Abstract:** Since the right to health was mentioned for the first time on the international plane in the World Health Organization's (WHO) Constitution in 1946, the development of this right has been lead by the Committee of Economic, Social and Cultural Rights of United Nations. This is mainly due to the interpretation of the right to health recognised in Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), 1966, through the General Comment n.º. 14, drafted by the aforementioned Committee. Therefore, WHO moved away from a more legal perspective and has headed, as the UN's specialized agency in this respect, the address of policies on public health. This piece of work has two main objectives: on the one hand, to summarize the interpretation and development of the right to health through General Comment n.º. 14. On the other hand, the second objective is to analyse two recent mechanisms that help to enforce this right: the use of indicators and the individual complaints' mechanism. Nowadays, it is possible to find a list of components or concrete rights under the right to health, as well as some elements and also a minimum or essential content. Furthermore, the United Nations has developed some data that facilitate useful information in order to measure and evaluate the level of compliance with human rights by States. Finally, the individual

complaints' mechanism is regulated in the Additional Protocol to the ICESCR that came into force on the 5<sup>th</sup> May 2013.

**Keywords:** Right to health, Indicators, Individual complaints, Guarantees, Social rights.

## 1. Introducción

El derecho a la salud ha alcanzado un alto nivel de desarrollo a través de la interpretación y la doctrina, especialmente, de los órganos de tratado. Estos organismos son los encargados de la garantía de los tratados internacionales de derechos humanos. En relación con el derecho a la salud, destaca, en primer lugar, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, encargado de la supervisión del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (en adelante, PIDESC)<sup>1</sup>. Esto por lo que se refiere al ámbito internacional de aplicación, pues existen otros ámbitos regionales de protección de los derechos. Por ejemplo, en el ámbito europeo del Consejo de Europa, cabe mencionar la labor del Comité Europeo de Derechos Sociales, que se encarga de la aplicación de la Carta Social Europea.

Para el estudio del contenido del derecho a la salud se tendrá en cuenta de modo principal el desarrollo del derecho por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante, Comité DESC) en la Observación General n.º 14. Ello se debe a la gran labor interpretativa de este órgano respecto a todos los derechos incluidos en el PIDESC. Se hace posible, por ejemplo, distinguir un contenido mínimo o esencial de los derechos. Además, en el ámbito de las Naciones Unidas se han dado algunos avances recientes de importancia para la garantía autónoma de los derechos sociales. De un lado, el desarrollo de los indicadores como instrumentos para medir la eficacia de los derechos, que pueden aplicarse a cualquiera de los derechos humanos reconocidos en los Pactos. De otro lado, la aprobación y entrada en vigor del Protocolo Facultativo al PIDESC introduce el mecanismo de denuncias individuales, que permite a los particulares alegar la vulneración de los derechos reconocidos en el Pacto ante el Comité DESC.

Siguiendo el anterior hilo conductor, a continuación se resumirá el desarrollo obtenido hasta el momento por parte del Comité DESC del derecho a la

---

<sup>1</sup> Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 1966.

salud reconocido en el artículo 12 del PIDESC, y también estas dos herramientas anteriormente mencionadas, los indicadores y el mecanismo de denuncias individuales. Se trata, pues, de un intento de resumir la interpretación del derecho a la salud hasta la actualidad así como de presentar dos instrumentos que suponen avances recientes hacia la eficacia y garantía del derecho a la salud.

## **2. El desarrollo del derecho a la salud por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas**

El derecho a la salud se ha reconocido por la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos. En el ámbito internacional universal, integrado principalmente por la organización de las Naciones Unidas, la salud se reconocía como un derecho por primera vez en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud<sup>2</sup>. Asimismo, el derecho a la salud se reconoció junto con otros derechos sociales en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948<sup>3</sup>. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 supone finalmente el instrumento específico de reconocimiento de derechos sociales, encontrándose el derecho a la salud en su artículo 12<sup>4</sup>. El Comité DESC, órgano encargado de su cumplimiento, interpreta y desarrolla este derecho en su Observación General n° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>5</sup>.

Asimismo, en este ámbito universal de protección de los derechos existen otros tratados internacionales de carácter específico, que reconocen el derecho a la salud enfocado a la satisfacción de las necesidades específicas de grupos particulares: la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965<sup>6</sup> (artículo 5.e.iv), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres de 1979<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> Naciones Unidas. *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Nueva York, 1946, preámbulo.

<sup>3</sup> Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. París, 1948, artículo 25.1.

<sup>4</sup> Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 1966, artículo 12.

<sup>5</sup> Comité DESC. *Observación General n° 14, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. HRI/GEN/1/Rev.9(Vol. I), 2000.

<sup>6</sup> Asamblea General (Naciones Unidas). *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965*. Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

<sup>7</sup> Asamblea General (Naciones Unidas). *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres de 1979*. Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

(artículos 11.1.f, 12 y 14.2.b), la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989<sup>8</sup> (artículo 24), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990<sup>9</sup> (artículos 28, 43.1.e y 45.1.c) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006<sup>10</sup> (artículo 25).

De otro lado, por lo que se refiere a los órganos regionales de protección, en el ámbito regional europeo, el derecho a la salud se reconoce en la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, en su artículo 11<sup>11</sup>, y en el artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>12</sup>. En cuanto al ámbito inter-americano de protección, destaca la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo XI)<sup>13</sup>, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 (el llamado Protocolo de San Salvador, artículo 10)<sup>14</sup>. En este último texto, se reconoce expresamente la salud como un bien público. En relación con el sistema africano de protección, el derecho a la salud se reconoce en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (Carta de Banjul), en su artículo 16<sup>15</sup>.

En los ámbitos regionales de protección de los derechos se dan, no obstante, algunas limitaciones. Por ejemplo, en la Carta Social Europea, se reconoce el derecho a la salud en el artículo 11 y el derecho a la asistencia médica en el artículo 13, como dos derechos diferenciados, este último además reconocido únicamente a los inmigrantes irregulares la atención en casos de urgencias.

Debido a estas limitaciones que se dan en su mayoría en los niveles regionales de protección de los derechos, y dado que el mayor desarrollo del

---

<sup>8</sup> Asamblea General (Naciones Unidas). *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989*. Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>9</sup> Asamblea General (Naciones Unidas). *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990*. Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

<sup>10</sup> Asamblea General (Naciones Unidas). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006*. Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006.

<sup>11</sup> Consejo de Europa. *Carta Social Europea (revisada)*. Estrasburgo, 1996. Artículo 11.

<sup>12</sup> Unión Europea. "Carta de Derechos Fundamentales". *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30 de marzo de 2010, C 83, pp. 239-403.

<sup>13</sup> Organización de Estados Americanos (OAS). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948*. Novena Conferencia Internacional Americana, 1948.

<sup>14</sup> Organización de Estados Americanos (OAS). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988*. 18º período ordinario de sesiones, 17 de noviembre de 1988.

<sup>15</sup> *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981*. XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Nairobi, Kenya, 1981.

derecho a la salud ha venido dado en el ámbito de las Naciones Unidas, especialmente con su reconocimiento en el PIDESC, el desarrollo en la Observación General n.º. 14 y los informes del Relator especial sobre el derecho al nivel más alto posible de salud física y mental<sup>16</sup>, vamos a analizar el contenido y las obligaciones que se generan en este ámbito de protección internacional.

En primer lugar, cabe atender a los componentes del derecho a la salud. Así pues, el derecho a la salud puede ser entendido como un derecho más general del cual cabe derivar toda una serie de derechos concretos. El artículo 12 del PIDESC incluye dos apartados diferenciados. El primer apartado reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, destacando el carácter universalista en la referencia al sujeto del derecho, ‘toda persona’<sup>17</sup>. En el segundo de los apartados es posible distinguir derechos concretos que se dirigen a asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, ofreciendo el PIDESC una lista orientativa, no exhaustiva: ‘a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad’<sup>18</sup>.

El artículo 12 del PIDESC ha sido interpretado por el Comité DESC en su Observación General n.º. 14, entendiendo que, en cuanto al segundo de los apartados, se hace referencia a los siguientes derechos:

- a) el derecho a la salud materna, infantil y reproductiva (párr. 14);
- b) el derecho a la higiene en el trabajo y del medio ambiente (párr. 15);
- c) el derecho a la prevención y el tratamiento de las enfermedades y la lucha contra ellas (párr. 16): y

---

<sup>16</sup> En el año 2002 la Comisión de Derechos Humanos de la ONU adoptaría una resolución por la que establecía un procedimiento especial de supervisión del cumplimiento del derecho a la salud Comisión de Derechos Humanos (Naciones Unidas), ‘Resolución 2002/31 por la que se establece el mandato del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’, 2000. Puede consultarse un listado de los mandatos temáticos en este enlace: <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/themes.htm>> [8 septiembre 2016].

<sup>17</sup> Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 1966, artículo 12, apartado 1º.

<sup>18</sup> *Ibidem*, Artículo 12, apartado 2º.

d) el derecho a establecimientos, bienes y servicios de salud<sup>19</sup>.

De esta forma, este derecho puede entenderse como un ‘derecho-racimo’, esto es, se presenta como un ‘microcosmo’ cuyos componentes, como ha explicado Laporta<sup>20</sup>, son ‘sub-derechos’ en forma de libertades, derechos de prestación, derechos a status legales o derechos a bienes públicos en distintas proporciones.

Por otra parte, además de los componentes o los derechos concretos del derecho a la salud, se pueden distinguir los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, aplicables al objeto de cada componente del derecho a la salud:

a) Disponibilidad: Implica un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos y centros de atención de salud<sup>21</sup>

b) Accesibilidad: Se refiere a que el acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos sin discriminación. A su vez, este acceso presenta cuatro dimensiones: i) No discriminación, en el sentido de que se garantizará el acceso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos; ii) accesibilidad física, de otro lado, implicaría el alcance geográfico a todos los sectores de la población, especialmente los vulnerables o marginados, así como los minoritarios. También comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades; iii) la accesibilidad económica, requiere que la asequibilidad alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos, debiéndose basar los pagos en el principio de equidad, sean públicos o privados: ‘La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos’; por último, iv) el acceso a la información, que comprendería el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas, sin menoscabo de la confidencialidad de los datos personales relativos a la salud<sup>22</sup>.

c) Aceptabilidad: Supone que todos los establecimientos, bienes y servicios deben ser respetuosos con la ética médica y con la cultura de las

---

<sup>19</sup> Comité DESC. *Observación General n.º 14...*, párr.17.

<sup>20</sup> Laporta, Francisco Javier. "Los derechos sociales y su protección jurídica. Introducción al problema". En Betegón, Jerónimo *et al.* (coords.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 300.

<sup>21</sup> Comité DESC. *Observación General n.º 14...*, párr.12.a.

<sup>22</sup> Comité DESC. *Observación General n.º 14...*, párr.12.b.

personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida. También deberán concebirse de forma que se respete la confidencialidad y que se mejore el estado de salud de las personas<sup>23</sup>.

d) Calidad: Por último, la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud implica que éstos deben ser apropiados desde el punto de vista científico y médico<sup>24</sup>.

Asimismo, existen unas obligaciones mínimas que no pueden dejarse de cumplir, y que pueden entenderse como una forma de configurar el contenido mínimo del derecho a la salud. El Comité DESC en su Observación General n.º. 14 entiende como obligaciones básicas o mínimas las siguientes<sup>25</sup>: a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; y f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población.

La configuración de estas obligaciones como básicas o mínimas supone que, mientras que las obligaciones generales están sujetas a la obligación de progresividad y su incumplimiento puede justificarse atendiendo a una serie de elementos, las obligaciones mínimas en ningún caso pueden derogarse. Además, las obligaciones de no discriminación y de protección de grupos vulnerables suelen ser comunes a todos los derechos reconocidos en el Pacto. La delimitación de un núcleo mínimo de obligaciones, así pues, es interesante pues puede dar lugar a lo

---

<sup>23</sup> Comité DESC. *Observación General n.º. 14...*, párr.12.c.

<sup>24</sup> Comité DESC. *Observación General n.º. 14...*, párr.12.d.

<sup>25</sup> Comité DESC. *Observación General n.º. 14...*, párr. 43.

que se conoce como el contenido mínimo o esencial de los derechos, de obligado cumplimiento.

### 3. Indicadores para medir la eficacia del derecho a la salud

De acuerdo con Jesús García Cívico, los indicadores son datos que a través de la información que facilitan permiten inferir o tener conocimiento de la situación, implementación avance o retroceso, aceptación o rechazo, grado de cumplimiento, etc. en términos de derechos humanos<sup>26</sup>. Los indicadores se pueden clasificar de diferentes formas, como cualitativos o cuantitativos, basados en hechos o en juicios, indicadores objetivos o subjetivos, etc. Asimismo se han desarrollado diferentes sistemas de indicadores (por ejemplo, el Mipex para medir la integración de la población inmigrante)<sup>27</sup>. Sin embargo, se tomará como referencia el sistema desarrollado por Naciones Unidas por resultar de utilidad para cada uno de los derechos humanos reconocidos.

A continuación se explicarán de forma breve los indicadores estructurales, de proceso y de resultado y se mencionarán algunos ejemplos en relación con el derecho a la salud. Ahora bien, en primer lugar es necesario tener en cuenta cuáles son los atributos que se van a medir a través de los indicadores. En el caso del derecho a la salud, los atributos son similares a los componentes del derecho de acuerdo con el artículo 12.2 PIDESC y la Observación General nº. 14 del Comité DESC:

- salud sexual y reproductiva
- mortalidad infantil y atención sanitaria
- entorno natural y ocupacional
- prevención, tratamiento y control de las enfermedades
- accesibilidad a centros de salud y medicamentos esenciales

#### 3. 1. Indicadores estructurales

Los indicadores estructurales reflejan la ratificación y adopción de

---

<sup>26</sup> García Cívico, Jesús. "Indicadores de integración social del inmigrante. El derecho a la educación". En De Lucas, Javier y Añón, María José (eds.). *Integración y derechos: a la búsqueda de indicadores*. Barcelona: Icaria, 2013, p. 49.

<sup>27</sup> Sobre indicadores para medir la discriminación étnica y racial contra personas inmigrantes, puede leerse García Añón, José. "Indicadores de garantía de la igualdad frente a la discriminación racial y étnica en el Estado español". En De Lucas, Javier y Añón, María José (eds.). *Integración y derechos: a la búsqueda de indicadores*. Barcelona: Icaria, 2013, pp. 151-200.

instrumentos jurídicos y la existencia de mecanismos institucionales básicos necesarios para la realización de un derecho humano. Según la guía desarrollada por Naciones Unidas sobre el uso de indicadores de derechos humanos, ‘los indicadores estructurales ayudan a captar la aceptación, la intención y el compromiso del Estado para aplicar medidas conformes con sus obligaciones de derechos humanos’<sup>28</sup>.

Así, se trata de atender al marco regulador de un derecho humano en un Estado para ayudar a evaluar la intención y el compromiso del Estado. Algunos indicadores estructurales comunes serían los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado pertinentes para el derecho a la salud; o el marco temporal y cobertura de la política nacional sobre salud física y mental.

### 3.2. Indicadores de proceso

Los indicadores de proceso hacen referencia a instrumentos de políticas públicas que un Estado está dispuesto a adoptar para materializar su compromiso de realizar un determinado derecho humano. Según la guía de Naciones Unidas, los indicadores de proceso ‘ayudan a evaluar los esfuerzos de un Estado, mediante su aplicación de medidas de política y programas de acción, para transformar sus compromisos de derechos humanos en los resultados deseados’<sup>29</sup>. Así pues, se trata de atender a cómo el compromiso de un Estado en proteger los derechos humanos se materializa en políticas concretas.

En los indicadores de proceso cabe diferenciar variables financieras y físicas. Algunos indicadores de proceso comunes son los siguientes<sup>30</sup>:

- a) Indicadores basados en asignaciones presupuestarias (variable financiera);
- b) Medidas de incentivos y de sensibilización aplicadas por el garante de derechos para abordar cuestiones de derechos humanos particulares;
- c) Porcentaje de población a la que se le dio acceso a prestaciones sanitarias asequibles (variable física);
- d) Porcentaje de personas cubiertas por un seguro de salud (variable física);

---

<sup>28</sup> Naciones Unidas. *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación*, HR/PUB/12/5, 2012, p. 39.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p.41.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 99.

- e) Tasa de rechazo de consultas médicas por grupo destinatario (variable física).

### **3. 3. Indicadores de resultados**

Finalmente, los indicadores de resultados evalúan los efectos de los esfuerzos del Estado en el cumplimiento los derechos humanos. Algunos ejemplos comunes son los siguientes:

- a) Prevalencia de muertes y de enfermedades.
- b) Tasa de defunción.
- c) Esperanza de vida al nacer.

### **4. El mecanismo de denuncias individuales ante el Comité DESC**

En el marco de las Naciones Unidas, se han desarrollado diferentes mecanismos para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos por los Estados. Uno de estos mecanismos es la presentación de informes periódicos por parte de los Estados (artículo 16.1 PIDESC), cada cinco años, en los que deben constar las medidas jurídicas, administrativas, judiciales y demás medidas que el Estado haya aprobado para aplicar las disposiciones del tratado. Las organizaciones no gubernamentales, igualmente pueden presentar su informe, e incluso, si el Estado no lo hace, pedir un procedimiento de revisión. Finalmente, el Comité DESC publica sus recomendaciones a la vista de los informes del Estado y de las organizaciones no gubernamentales. Precisamente el 6 de junio de 2012 el Comité emitió un informe<sup>31</sup> con una serie de recomendaciones, a la vista del quinto informe periódico presentado por España. Asimismo, el próximo periodo de revisión está previsto para el año 2017.

Si bien el anterior procedimiento de informes se realiza ante el Comité DESC, otros organismos de Naciones Unidas también han puesto en marcha mecanismos de supervisión de los Estados. Por ejemplo, a través del examen periódico universal, el Consejo de Derechos Humanos revisa el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados. De otro lado, los relatores especiales son expertos encargados de la promoción, cumplimiento y desarrollo de cada uno de los derechos humanos. A partir del año 2002, uno de los mandatos temáticos versa

---

<sup>31</sup> Comité DESC. *Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: España*. E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio de 2012.

sobre el derecho a la salud física y mental, a cargo del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Cabe analizar asimismo el mecanismo de denuncias individuales. Hasta el momento, sólo existía la posibilidad de interrelacionar los derechos sociales con los derechos civiles, para poder ser protegidos a través de este mecanismo que funciona ante organismos como el Comité de Derechos Humanos o el Comité contra la Tortura<sup>32</sup>. La razón de ello es que todavía no se había puesto en marcha un instrumento que habilitara la posibilidad de interponer denuncias por la vulneración de los derechos sociales, protegidos de forma autónoma. Sin embargo, desde la entrada en vigor, el 5 de mayo de 2013, del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es posible la presentación de comunicaciones ante el Comité DESC en las que se alegue la vulneración de derechos contenidos en el Pacto, como el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria<sup>33</sup>.

Del examen del Protocolo Facultativo, se extrae que están legitimadas para interponer una queja o denuncia las personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte, como es España, que aleguen ser víctimas de violación de uno de los derechos del Pacto. También podrá presentar denuncias un Estado contra otro Estado parte. Se han de tener en cuenta asimismo las siguientes circunstancias<sup>34</sup>: a) la presentación se haría tras haber agotado todos los recursos disponibles en la jurisdicción del Estado; b) los hechos deberían tener lugar con posterioridad al 5 de mayo de 2013 (entrada en vigor del Protocolo); c) la cuestión no puede haber sido examinada con anterioridad por el Comité; d) ni ser incompatible con las disposiciones del Pacto; e) la denuncia debe tener fundamento y no constituir abuso de derecho; f) no podrá ser anónima; g) se presentaría por escrito; y h) el autor de la comunicación ha de estar en clara desventaja o ha de tratarse de una cuestión de grave importancia general. Por lo que se refiere a la

---

<sup>32</sup> Courtis, Christian. "Las instituciones nacionales de derechos humanos y los derechos económicos, sociales y culturales. Apuntes sobre una relación clave". *Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia*, 2009, 5, p. 49.

<sup>33</sup> Naciones Unidas. *Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* [en línea]. Resolución A/RES/63/117, 10 de diciembre de 2008. <[http://www2.ohchr.org/spanish/law/docs/A.RES.63.117\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/spanish/law/docs/A.RES.63.117_sp.pdf)> [30 agosto 2016].

<sup>34</sup> *Ibidem*, artículos 3 y 4.

decisión del Comité, este podría adoptar medidas cautelares, evitando posibles daños irreparables a las víctimas, y llevar a cabo procedimientos de investigación<sup>35</sup>.

## 5. Conclusiones

En conclusión, el derecho a la salud ha sido interpretado y desarrollado por el Comité DESC de forma que es posible conocer su contenido. Mientras que los derechos sociales son acusados habitualmente de falta de concreción, de ser derechos abstractos, o demasiado exigentes o caros, la Observación General nº. 14 del Comité DESC hace posible identificar una serie de componentes, elementos, así como obligaciones mínimas.

De otro lado, los dos mecanismos tratados en el trabajo son el sistema de indicadores y la interposición de denuncias individuales ante el Comité DESC. Todo ello aumenta las posibilidades de dar cumplimiento al derecho a la salud. En concreto, es posible entender que mientras la utilización de indicadores refuerza el principio de efectividad de los derechos<sup>36</sup>, la protección del derecho a la salud de forma autónoma frente a posibles violaciones permite considerar al mismo como un auténtico derecho subjetivo<sup>37</sup>. En definitiva, el derecho a la salud, así como el resto de derechos sociales, pueden protegerse de forma autónoma, de conformidad con su naturaleza y configuración como derechos humanos fundamentales<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Añón, María José. "Derechos humanos y obligaciones positivas". En Bernuz, María José y Calvo, Manuel. (eds.). *La eficacia de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 40-41.

<sup>36</sup> Sobre el principio de efectividad, véase Añón, María José. "Derechos humanos y obligaciones...", p. 57. También en *Id.* "Derechos humanos y principio de efectividad: claves interpretativas". En Revenga, Miguel y Cuenca, Patricia (eds.). *El tiempo de los derechos: los derechos humanos en el siglo XXI*. Madrid: Dykinson, 2015, 191-218, p. 193 y ss.

<sup>37</sup> La tesis del derecho subjetivo significa que el derecho supone una expectativa de que otros hagan o dejen de hacer algo para satisfacer el derecho, de acuerdo con Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 88. Asimismo, Ferrajoli igualmente entiende los derechos subjetivos como expectativas positivas o negativas, Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías, La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 37. Sobre el concepto de derecho subjetivo, véase Hohfeld, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México: Fontamara, 1995, pp. 49 y 52. Una comparativa entre los significados de 'derecho subjetivo' según diferentes autores puede encontrarse en Cruz Parceró, Juan Antonio. *El concepto de derecho subjetivo*. México: Fontamara, 1999.

<sup>38</sup> Añón, María José. "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, 44, pp. 15-41; Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales...*,

## Referencias Bibliográficas

- Añón, María José. "Derechos humanos y obligaciones positivas". En Bernuz, María José y Calvo, Manuel. (eds.). *La eficacia de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 43-71.
- "Derechos humanos y principio de efectividad: claves interpretativas". En Revenga, Miguel y Cuenca, Patricia (eds.). *El tiempo de los derechos: los derechos humanos en el siglo XXI*. Madrid: Dykinson, 2015, 191-218.
- "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, 44, pp. 15-41.
- Asamblea General (Naciones Unidas). *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965*. Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.
- *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres de 1979*. Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.
- *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989*. Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.
- *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990*. Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.
- *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006*. Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006.
- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981*. XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Nairobi, Kenya, 1981.
- Comité DESC. *Observación General n.º. 14, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, HRI/GEN/1/Rev.9(Vol. I), 2000.
- Comité DESC. *Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: España*. E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio de 2012.
- Consejo de Europea. *Carta Social Europea (revisada)*. Estrasburgo, 1996.
- Courtis, Christian. "Las instituciones nacionales de derechos humanos y los derechos económicos, sociales y culturales. Apuntes sobre una relación clave". *Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia*, 2009, 5, pp. 30-51.
- Cruz Parceros, Juan Antonio. *El concepto de derecho subjetivo*. México: Fontamara, 1999.
-

- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías, La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- García Añón, José. "Indicadores de garantía de la igualdad frente a la discriminación racial y étnica en el Estado español". En De Lucas, Javier y Añón, María José (eds.). *Integración y derechos: a la búsqueda de indicadores*. Barcelona: Icaria, 2013, pp. 151-200.
- García Cívico, Jesús. "Indicadores de integración social del inmigrante. El derecho a la educación". En De Lucas, Javier y Añón, María José (eds.). *Integración y derechos: a la búsqueda de indicadores*. Barcelona: Icaria, 2013, pp.37-66.
- Hohfeld, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México: Fontamara, 1995.
- Laporta, Francisco Javier. "Los derechos sociales y su protección jurídica. Introducción al problema". En Betegón, Jerónimo *et al.* (coords.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 297-325.
- Naciones Unidas. *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Nueva York, 1946.
- Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. París, 1948.
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 1966.
- *Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* [en línea]. Resolución A/RES/63/117, 10 de diciembre de 2008. <[http://www2.ohchr.org/spanish/law/docs/A.RES.63.117\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/spanish/law/docs/A.RES.63.117_sp.pdf)> [30 agosto 2016].
- *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación*, HR/PUB/12/5, 2012, p. 39.
- Organización de Estados Americanos (OAS). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948*. Novena Conferencia Internacional Americana, 1948.
- *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988*. 18º período ordinario de sesiones, 17 de noviembre de 1988.
- Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- Unión Europea. "Carta de Derechos Fundamentales". *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30 de marzo de 2010, C 83, pp. 239-403.
-

# DESARROLLO DEL DERECHO A LA SALUD EN ESPAÑA, DERECHO A LA INFORMACIÓN CLÍNICA

## DEVELOPMENT OF THE RIGHT TO HEALTH IN SPAIN, RIGHT TO CLINICAL INFORMATION

Ángel Hernández García  
Silvia Hernández Herrero

**Resumen:** La importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales se pone de manifiesto al constatar el reflejo que existe en la Declaración Universal de Derechos Humanos, del derecho a la salud de su artículo 25.

La regulación del derecho a la protección de la salud, desde el punto de vista de la condición de sujetos de derechos de las personas usuarias de los servicios sanitarios, encuentra su plasmación de los derechos relativos a la información clínica y la autonomía individual de los pacientes en lo relativo a su salud. Es la información la que capacita al paciente para elegir con libertad y conocimiento suficiente entre las diversas opciones posibles. Está compuesta por distintos elementos:

1. Forma

Generalmente, se proporcionará verbalmente.

2. Modo

Habrà de ser verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. Tiempo

La información deberá ser previa a cualquier intervención sanitaria, a fin de que, debidamente informado, el enfermo pueda consentirla.

4. Contenido

Habrà de comprender, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

5. El titular del derecho a la información

Es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.

6. Titular del deber de informar

El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información

7. Limitaciones

- Se reconoce, también, el derecho de los pacientes a no ser informados,
- La existencia de la llamada «*necesidad terapéutica*» que es la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, siempre por razones objetivas.

**Palabras clave:** Derecho Salud, Información clínica, Relaciones clínico-asistenciales.

**Abstract:** The importance of patient rights as a basic axis of the clinical-care relations is revealed in finding the reflection that exists in the Universal Declaration of Human Rights, the right to health Article 25.

The regulation of the right to health protection from the point of view of the condition of subjects of rights of users of health services is translating rights relating to clinical information and individual autonomy of patients with regard to their health. Is information which enables the patient to choose freely and enough knowledge among the various options. It consists of different elements:

1. Form

Generally, it will be provided verbally.

2. Mode

It must be true, the patient will communicate understandably and appropriately to your needs and help you make decisions according to their own free will.

3. Time

The information must be prior to any medical intervention, so that, properly informed, the patient can indulge her.

4. Content

It shall include at least the purpose and nature of each intervention, their risks and their consequences.

5. The holder of the right to information

It is the patient. They will also be informed persons related to him by relatives or in fact, reasons as long as the patient permits express or implied.

6. Holder duty to inform

The attending physician will ensure compliance with the right to information

7. Limitations

- It is recognized also the right of patients to not be informed,
- The existence of the so-called "therapeutic necessity" which is the ability of the physician to act professionally without informing the patient, always for objective reasons.

**Keywords:** Health Law, Clinical information, Clinical care relationships.

## 1. Introducción

El Comité de Expertos en Problemas Legales del Consejo de Europa define la actividad médica, como: “Todo tipo de tratamiento, intervención o examen con fines diagnósticos, profilácticos, terapéuticos o de rehabilitación llevados a cabo por un médico o bajo su responsabilidad.”

Por tanto, todo acto médico está constituido por un conjunto ordenado de actuaciones profesionales encaminadas hacia la consecución de un fin objetivo que promocióne o restituya la salud del paciente.

Las relaciones clínico-asistenciales, encuentran reflejo en diversas declaraciones y convenios internacionales, como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 25 se establece el derecho a la salud:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad<sup>1</sup>.

La información clínica está definida en el artículo 3 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 (LAP): “Información clínica, como

<sup>1</sup> Carta Internacional de Derechos Humanos

todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla”.

La información clínica o sanitaria es un derecho del paciente, de la que directamente depende la decisión de este, y con ello el ejercicio a su autodeterminación, y su propia autonomía

## 2. Elementos

La información clínica está integrada por distintos elementos:

### a) Forma

Como regla general, se proporcionará verbalmente como reza en el artículo 4.1 de la LAP:

“La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica [...]”

La oralidad de la información puede presentar las siguientes ventajas:

- Facilita la cercanía entre el médico y el paciente, así como ayuda a reforzar y consolidar la continuidad, fluidez y espontaneidad de la información.
- Permite al médico responsable cumplir con los requisitos legales impuestos en la LAP (artículo 4.2), al poder adaptar el contenido de la información a las circunstancias y requerimientos particulares del paciente.
- Permite el diálogo con el paciente. De esta manera, el paciente tendrá la oportunidad de solicitar al médico responsable que resuelva sus dudas y que le facilite la información complementaria que sea de su interés.

Respecto a la oralidad de la información, la STS de 27 de diciembre de 2011, dice al respecto que: “La información por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente.”<sup>2</sup>

### b) Modo

Dispone el artículo 4.2 de la LAP: “La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.”

---

<sup>2</sup> STS 8835/2011 de 27 de diciembre de 2011. Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

Por lo tanto, la información debe ser suficientemente comprensible. Este puede ser un aspecto complejo, en ocasiones, por el altísimo nivel de especialización del personal médico-sanitario, para los que la capacidad de explicitación de detalles del proceso o situación en que se encuentra el paciente, se hace difícil. Incuestionablemente, la información ha de facilitarse teniendo en cuenta la formación y situación socio-cultural del paciente, o más en general, el receptor de la misma. Esta consideración ha de tenerse en cuenta, tanto cuando se preste la información de forma oral como cuando se haga de forma escrita.

La importancia que la LAP otorga al adjetivo “adecuado” respecto a la información que debe transmitir el médico a su paciente, para que esta tenga la denominación de válida, se ve reflejada de forma reiterada en su articulado, concretamente en los siguientes artículos:

- Artículo 2.2: aparece como principio básico que el consentimiento informado se preste “después que el paciente reciba una información adecuada”.
- Artículo 2.3: recoge como principio básico el derecho del paciente a la elección de las opciones clínicas disponibles, “después de recibir la información adecuada”.
- Artículo 3: compila las definiciones legales y, concretamente en la del consentimiento informado dispone que la conformidad del paciente sea “manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada”.
- Artículo 4.2: explicita el modo en que debe prestarse la información clínica, señalando que “se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades”.
- Artículo 5.2: recoge el supuesto de información al paciente incapaz, estableciendo que “será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión”.

Por lo tanto, a la hora de realizar el acto informativo, el médico deberá tener en cuenta factores y características propias del paciente, entre otros:

- Edad del paciente.
- Estado de ánimo del paciente.
- Los estudios, conocimientos o grado de formación del paciente.
- El grado de madurez del paciente.

- La urgencia o gravedad de la patología y/o el grado de afectación de salud del paciente.

Otro aspecto decisivo, en el modo en que se otorga la información, es el que se refiere a la veracidad de los datos que se comuniquen. Una decisión sólo será libre, en la medida que el individuo disponga de información suficiente y veraz sobre unos determinados hechos o una situación. La ocultación de datos y la mentira, además de infringir los deberes éticos, constituiría un comportamiento doloso, que, según la gravedad, podría viciar el consentimiento provocando su nulidad; de esta forma las actuaciones sanitarias podrían ser declaradas ilegales y convertirse en causa generadora de responsabilidad civil o penal para el profesional sanitario.

#### c) Tiempo

La información deberá ser previa a cualquier intervención sanitaria, a fin de que, debidamente informado, el enfermo pueda consentirla. La STC 37/2011, señala explícitamente que la información debe ser previa a la actuación sanitaria<sup>3</sup>.

#### d) Contenido

Lo referido al contenido de la información médica o clínica, a facilitar al paciente se contiene esencialmente en los artículos 4 y 10 de la LAP. Así, el artículo 4.1 establece:

Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo mediante Sentencia de 21 octubre 2005, al reconocer que:

El médico debe informar adecuadamente al paciente sobre todos los riesgos posibles respecto de la actuación a realizar sobre su salud, aunque sean remotos, poco probables o se produzcan de forma excepcional. La información de riesgos previsibles es independiente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos de la

---

<sup>3</sup> STC 37/2011, de 28 de marzo de 2011.

obligación de información los riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención<sup>4</sup>.

La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 17 de abril de 2007, resulta también interesante en cuanto recoge uno de los fundamentos de la sentencia recurrida, en el que se dice literalmente respecto del contenido de la información que abarcará:

Como mínimo y en sustancia [...] por un lado, la exposición de las características de la intervención o tratamiento que se propone, en segundo lugar, las ventajas o inconvenientes del mismo, en tercer lugar, los riesgos que comporta, y en cuarto lugar el proceso previsible después del tratamiento y el contraste con la residual situación ajena o al margen a dicha intervención.<sup>5</sup>

En definitiva, la información ha de ser lo más completa posible, debe incluir las características de la actuación médica, ventajas e inconvenientes, riesgos y contraindicaciones del tratamiento y características del postoperatorio en su caso, así como posibles opciones alternativas, incluyendo la evolución de la enfermedad sin tratamiento alguno. Su objetivo es facilitar la información pensando en que de lo que se trata es de capacitar al paciente para elegir con libertad y conocimiento suficiente entre las diversas opciones posibles.

La STS de 12 de enero de 2001 enfatiza sobre la importancia de la información terapéutica diciendo:

Ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el artículo 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias -sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de junio (RTC 1989, 132)- en el artículo 9,2, en el 10,1 y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 Y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos

---

<sup>4</sup> STS 758/2005, de 21 octubre 2005. Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández.

<sup>5</sup> STS 421/2007, de 17 de abril de 2007. Ponente: Juan Xiol Rios.

Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, en sus artículos 3, 4, 5, 8 Y 9 Y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10<sup>6</sup>.

#### e) Titular del derecho a la información

Como contempla el artículo 5.1 de la LAP: “El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.”

En cuanto a las dos formas que el paciente puede permitir que se informe a las personas vinculadas, son las siguientes:

- Consentimiento expreso: Aquel que requiere que se declare la voluntad del paciente de forma clara e inequívoca, aceptando o consintiendo que se informe a sus familiares o personas unidas a él por razón o vínculo de hecho. Dicha voluntad podrá ser expresada por escrito, verbalmente, a través de comunicación telemática o por cualquier otro medio que permita demostrar la constancia de dicho consentimiento.
- Consentimiento tácito: Es aquel que se deriva de la falta de actuación del paciente capaz o de su silencio, cuando se le pregunta sobre si desea que se informe o no a sus familiares, o personas unidas a él por razón o vínculo de hecho. El hecho de que los pacientes acudan acompañados por terceros a la consulta del médico, implica que el propio paciente ha escogido de forma libre y voluntaria a su acompañante, y que si no pone trabas para su estancia dentro de la consulta es porque está otorgando su autorización tácita a que se comparta la información asistencial o clínica.

El derecho a la información es personal del paciente hasta tal punto, que el artículo 5.2 dispone: “El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.”

#### f) Titular del deber de informar

El artículo 4.3 de la LAP dispone que: “El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información.”

---

<sup>6</sup> STS 3/2001 de 12 de enero de 2001. Ponente: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

No queda lugar a ninguna duda, de que la información al paciente es un deber médico fundamental. Así se recoge en numerosas Sentencias del Tribunal Supremo, como en la STS de 4 octubre 2007, que en su FJ segundo se pronuncia:

La jurisprudencia de esta Sala -Sentencias de 10 de mayo de 2006 y 6 de julio de 2007, entre las más recientes- ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y el requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica -SSTS de 2 de octubre de 1997; 29 de mayo y 23 de julio de 2003; 21 de diciembre de 2005 , entre otras-. Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico -SSTS 25 de abril de 1994; 2 de octubre de 1997 y 24 de mayo de 1999-. Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderarla posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y deponerlo en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma<sup>7</sup>.

La información constituye un deber del médico, ha de ser previa a la práctica de operación o tratamiento y está basada, tanto en una relación contractual, como en la necesidad de consentimiento. La actividad médica puede suponer, en muchos casos, una injerencia en la salud del paciente, pero también en su libertad y, en cualquier caso en su intimidad.

#### g) Limitaciones

- El derecho del paciente a no ser informado

Se reconoce el derecho a la información como uno de los derechos de los pacientes y, en su aspecto negativo, también se reconoce el derecho de los mismos a no ser informados, tal como consta en el artículo 4.1 de la LAP: “[...]además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada [...]”

No obstante, ha de dejarse claro que este derecho a la información no tiene carácter absoluto, como así consta en el artículo 9.1 de la propia LAP, el cual señala que: “La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso.”

---

<sup>7</sup> STS 6119/2007 de 4 de octubre de 2007. Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

Por tanto, podría haber una restricción en el derecho a no saber en interés del propio paciente o de otros, para proteger los derechos de terceros o de la sociedad; por ejemplo, acerca de las medidas preventivas para evitar una enfermedad a la que existe predisposición, o para evitar la transmisión de enfermedad a sus familiares o allegados, a terceros o la sociedad en general.

- La llamada “necesidad terapéutica”

De acuerdo con el artículo 5.4 de la LAP:

El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave.

Esta excepción se fundamenta en el mantenimiento de la salud del paciente. Se conforma la “necesidad terapéutica” como la facultad que otorga al médico de actuar profesionalmente, sin informar previamente al paciente, cuando objetivamente, el conocimiento de la propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave.

La aplicación de tan excepcional facultad, supone la realización de un importante pronóstico de futuro ponderando adecuadamente la situación, y teniendo en cuenta, especialmente, el estado anímico del paciente, para llegar al convencimiento de un más que probable perjuicio grave para la salud del paciente, entendiendo por tal el peligro inminente para su vida o integridad.

En aras de seguir una línea de diálogo y de transparencia, impone dicho artículo, la obligación de dejar “constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho”, indicando los motivos que impulsan a tomar tal decisión.

A modo de recapitulación, la STS de 23 de octubre de 2008 hace un resumen sistemático de la doctrina sobre la información y consentimiento sanitarios, que resulta muy ilustrativo, diciendo al efecto:

La doctrina jurisprudencial sobre la información médica, en lo que aquí pueda interesar, cabe resumirla en los siguientes apartados:

1. La finalidad de la información es la de proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses (SS., entre otras, 23 de noviembre de 2.007, núm. 1.197; 4 de diciembre de 2.007, núm. 1.251; 18 de junio de 2.008, núm. 618). Es indispensable, y por ello ha de

ser objetiva, veraz y completa, para la prestación de un consentimiento libre y voluntario, pues no concurren estos requisitos cuando se desconocen las complicaciones que pueden sobrevivir de la intervención médica que se autoriza;

2. La información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva (SS. 28 de junio de 2.007, núm. 1.215; 29 de julio de 2.008, núm. 743); revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria (SS., entre otras, 29 de octubre de 2.004; 26 de abril de 2.007, núm. 467; 22 de noviembre de 2.007, núm. 1.194);

3. Cuando se trata de la medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (SS. 17 de abril de 2.007; 30 de abril de 2.007; 28 de noviembre de 2.007, núm. 1.215; 29 de julio de 2.008, núm. 743). La Ley de Autonomía del Paciente 41/2002 señala como información básica (art. 10.) «los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones». Y en relación con los embarazos de riesgo esta Sala (SS. 7 de julio de 2.002; 19 de junio y 23 de noviembre de 2.007, núm. 1.197) ha hecho hincapié en la exigencia de informar de modo especial respecto a las circunstancias de dicho embarazo; es decir sobre los riesgos del mismo;

4. En la medicina satisfactiva (dice la Sentencia de 22 de noviembre de 2.007, núm. 1.194, con cita de las de 12 de febrero y de 23 de mayo del mismo año) la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria –prescindible o de una necesidad relativa; y,

5. La denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil (SS., entre otras, 21 de diciembre de 2.006, núm. 1.367, y 14 de mayo de 2.008, núm. 407)<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> STS 2008/7125 de 23 de octubre de 2008.

### Referencias Bibliográficas

- Álvarez López, Rocío. "La información y el consentimiento: la nueva dimensión de la medicina actual". *Angiología*, 2006, 58, pp. 183.
- Corbella I Duch, Josep. *Manual de Derecho sanitario*. Barcelona: Atelier, 2012.
- Gómez Pavón, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Barcelona: Bosch, 2013.
- 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. (noviembre 15, 2002). Última modificación 22 de septiembre de 2015.
- Mediuris, S.L. *Mediuris. Derecho para el personal sanitario*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Pelayo González-Torre, Ángel. *Derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*. Granada: Comares, 2009.
- Sáinz-Cantero Caparrós, José Eduardo. "Intervención médica y consentimiento informado: algunas consideraciones sobre el deber de información al paciente". En Morillas Cueva, Lorenzo (dir.) y Suárez López, José María (coord.). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 63-81.



# **RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS: O DESAFIO DA JUSTIÇA NÃO LITIGIOSA NA VISÃO DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO BRASIL E SEU IMPACTO SOBRE O DIREITO À SAÚDE**

## **EXTRAJUDICIAL SETTLEMENT OF CONFLICTS: THE CHALLENGE OF NON-LITIGAT JUSTICE IN THE APPROACH OF THE NATIONAL COUNCIL OF THE PUBLIC MINISTRY OF BRAZIL AND ITS IMPACT ON THE RIGHT TO HEALTH**

Patrícia Kathy Azevêdo Medrado Alves Mendes  
*Universidade de Salamanca*

**Resumo:** Este artigo objetiva discorrer sobre os desafios na implantação não litigiosa da resolução extrajudicial de conflitos, na visão do Conselho Nacional do Ministério Público do Brasil, notadamente em virtude da publicação do Manual de Negociação e Medição para Membros do Ministério Público, e como as orientações neste vertidas se alinham com o novel modelo de resolução extrajudicial de conflitos na área da Saúde, haja vista a recente criação das Câmaras de Conciliação da Saúde, em alguns poucos estados brasileiros, discorrendo-se, assim, sobre os objetivos na implementação desta e os desafios à concretização das suas finalidades.

**Palavras-chave:** Resolução extrajudicial de conflitos. Implantação não litigiosa. Conselho Nacional do Ministério Público do Brasil. Tutela do direito à saúde. Câmara de Conciliação da Saúde.

**Abstract:** The objective of this article discuss the challenges in non-contentious implementation of extra-judicial conflict resolution, in view of the National Council of the Public Ministry of Brazil, mainly due to the publication of Trading and Measurement Manual for the Public Prosecution Service Members, and the guidelines in this poured align with the novel-court settlement model of conflict in the area of health, given the recent creation of the Health Conciliation Chambers, in a few Brazilian states, discoursing is thus on the objectives in the implementation of this and its challenges to the achievement of its purposes.

**Keywords:** Settling conflicts. Not litigious deployment. National Council of the Public Ministry of Brazil. Protection of the right to health. Conciliation Board of Health.

### **1. A crise da judicialização e a resolução extrajudicial de conflitos**

O abarrotamento do Poder Judiciário Brasileiro com demandas judiciais e a consequente ineficiência deste em entregar a prestação jurisdicional de maneira célere e eficaz vem demonstrando a imperiosa necessidade de busca de meios alternativos de resolução extrajudicial de conflitos, por via da autocomposição entre partes, ou, simplesmente, pela busca de uma Justiça não litigiosa.

Nesse cenário, apresenta-se a autocomposição pacífica dos conflitos, a qual pressupõe a utilização de mecanismos que reduzam as controvérsias e problemas

detectados com o objetivo de prevenir e reduzir a litigiosidade, notadamente a que desemboca no Poder Judiciário, intentando soluções de forma célere, justa, efetiva e implementável.

Mas não é só. A autocomposição busca a consolidação da cultura da paz, que priorize o diálogo e o consenso na resolução dos conflitos, controvérsias e problemas no âmbito da sociedade.

Dessa forma, a eficiência da atividade dos atores que buscam a autocomposição visa ampliar a atuação extrajudicial como forma de pacificação de conflitos, através de uma atitude proativa, efetiva, preventiva e resolutiva.

Independentemente da crise institucional vivenciada pelo Poder Judiciário Brasileiro, no que tange à sua eficiência como indutor do Direito no caso concreto, e não obstante essa constatação, a resolução extrajudicial de conflitos exsurge como imperativo de pacificação social, conclamando aos órgãos de tutela de direitos à adoção de postura proativa na consecução desse imperativo.

A denominada terceira onda ou terceiro estágio do movimento mundial de acesso à justiça, teve sua repercussão no Brasil com a celebração em 2009, do II Pacto Republicano de Estado, que objetivava um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, e fora subscrito pelos Poderes da República.

Observe-se que o acesso ao Poder Judiciário é tão somente uma feição do que constitucionalmente se buscou assegurar com a garantia do acesso à Justiça. Assim, avulta de importância considerar que o acesso à Justiça há que ser garantido não somente pela via judicial, mas também pela via extrajudicial, com a utilização de meios legítimos.

Dentro desse recorte temático, apresenta-se o Manual de Negociação e Mediação para membros do Ministério Público Brasileiro, editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público do Brasil, objeto de análise do tópico seguinte.

## **2. O Manual de Negociação e Mediação do Conselho Nacional do Ministério Público Brasileiro**

Com o objetivo de uniformizar a atuação do Ministério Público Brasileiro, o Conselho Nacional do Ministério Público, a par da sua atuação como órgão de controle externo, editou, em 2015, o Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público Brasileiro, o qual, ao longo das suas 297 (duzentas e noventa e sete) páginas, objetiva orientar e incentivar o membro do Ministério Público Brasileiro a

buscar a resolução extrajudicial de conflitos, em conformidade com os métodos e com base nas premissas que estatui.

Assim, voltando os olhos sobre o capítulo relacionado às noções preliminares, conclui-se que a motivação para lançamento do referido Manual exsurge como busca do resultado da eficiência da atuação institucional.

O Manual então discorre sobre a necessidade de se alcançar o princípio da Paz, como corolário da concretização da expressão “bem-estar” prevista no preâmbulo da Constituição Federal Brasileira.

Ademais, salienta a importância da presença do princípio da ética, em todas as resoluções de conflitos a serem implementadas pelo Ministério Público, como pressuposto da sua atuação.

O Manual refere a existência de métodos de negociação, mundialmente reconhecidos e denominados sob a sigla Alternative Dispute Resolution (ADRs), cuja tradução assevera remeter à expressão Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – MASCs, dentre os quais exsurge de importância a negociação.

Assim, nos termos do Manual, a palavra negociação assume a roupagem de “negar o ócio”, devendo ser compreendida como: “toda forma de solução alternativa - alguns usam o termo adequada - de conflitos, controvérsias ou problemas, que tenha o condão de propiciar ajustes”<sup>1</sup>.

### **3. Da atuação ministerial na resolução extrajudicial de conflitos em sede do direito constitucional à saúde**

No âmbito do sistema de saúde, a necessidade do Estado implementar políticas públicas e realizar ações tendentes à salvaguarda da saúde dos seus cidadãos é inconteste, sendo a saúde um bem reconhecido expressamente como fundamental, seja sob a perspectiva individual (CFB, artigo 5º, caput), seja sob a social (CFB, artigo 6º, caput).

Consubstanciando-se a saúde em *direito fundamental*, as normas constitucionais a ela relativas têm aplicação imediata, nos termos do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira.

Ademais, a fundamentalidade de tal direito significa que o adimplemento do respectivo dever – por parte do Poder Público – vai muito além de se assegurar a *mera*

---

<sup>1</sup> *Ibidem*.

*sobrevivência* do indivíduo, senão, sobretudo, sua *existência de forma digna* (artigo 1º, inciso III), sendo, portanto, indispensável disponibilizar os meios necessários para o indivíduo ter acesso a serviços de qualidade e que o atendimento seja *integral e efetivo* e não apenas mero arremedo de prestação de serviços.

Ocorre que, no Brasil, é juridicamente possível ajuizar pedido individual que vise resguardar direito fundamental social, tutelado em sede constitucional.

Não obstante seja de larga aplicação no Brasil, a adoção do modelo de garantismo judicial de direito fundamental social, de maneira individual, tem merecido críticas no ordenamento jurídico brasileiro.

Questiona-se, justamente, o fato de que se as necessidades sociais são ilimitadas e os recursos públicos e orçamentários limitados, deve-se buscar assegurar a efetivação dos direitos fundamentais sociais coletivamente, e não de maneira individual.

Neste sentido, identifica-se a tese de doutoramento na Universidade de São Paulo/Brasil, de autoria de Osvaldo Canela Júnior<sup>2</sup>, da qual se destacam os seguintes trechos:

O postulado da desigualdade, portanto, consiste na impossibilidade de se conceder, individualmente, direitos fundamentais sociais, sem criação de novas formas de discriminação. Por mais que se afigure altruísta a concessão de direitos fundamentais sociais ao cidadão individualmente, tal conduta implica na violação do art. 6º, combinado com o art. 3º, ambos da Constituição Federal.

Se o objetivo do Estado é a igualdade de todos indistintamente e os direitos fundamentais sociais pertencem a toda a sociedade, a concessão desses direitos individualmente representa ruptura do sistema e conduta de certa forma discriminatória, que não contribui para a consolidação da democracia social.

Uma postura do Poder Judiciário que, em princípio, seria ética, acaba contribuindo para a manutenção da igualdade meramente formal dos cidadãos. Esta postura poder servir de anteparo ainda maior para a inação do Estado na satisfação espontânea dos direitos fundamentais sociais, na medida em que a sua concessão judicial, de forma pontual, gera uma falsa impressão de que os poderes Legislativo e Executivo estão cumprindo seu papel constitucional. As formas de expressão do poder estatal, por conseguinte, não são efetivamente concitadas à correção e ao realinhamento de suas políticas públicas pelo Poder Judiciário.

---

<sup>2</sup> A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. [em linha]. <<http://www.google.com.br/url?url=http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/>> [25 de abril de 2016].

Em outras palavras, o conflito é absorvido pelo Poder Judiciário, mas não é resolvido. De ver-se, assim, que a concessão de provimentos judiciais, em sede de tutela de direitos fundamentais sociais, individualmente, gera consequências jurídicas e sociais, inclusive de cunho político e eleitoral, dentre as quais se destacam:

1. A concessão de provimentos jurisdicionais positivos para um mesmo direito fundamental social individual e a negativa para o social típico;
2. A utilização dos recursos orçamentários limitados em favor da efetivação de direitos fundamentais sociais, de maneira individual, com prejuízo do planejamento orçamentário para consecução de políticas públicas de abrangência social;
3. O atendimento do direito fundamental social, individualmente, a um cidadão que se valeu dos meios judiciais adequados, permanecendo, sem atendimento, um sem número de outros cidadãos, cujo direito fundamental social, também individualmente considerado, é idêntico;
4. A manipulação do cidadão/eleitor que, diante da não efetivação de um direito fundamental social, vale-se do Poder Judiciário para assegurar a consecução do seu direito fundamental social, de forma individual, abrindo azo ao gestor público, bem como ao candidato a cargo eletivo, a possibilidade de efetivar a sua política de proselitismo de governança ou eleitoral, em troca de outras vantagens econômicas, financeiras ou simplesmente do voto.

Esses são questionamentos que estão na pauta do dia dos órgãos de tutela coletiva e no seio do Poder Judiciário no Brasil.

Feitas essas considerações sobre a forma de tutela do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário, ou seja, quando há judicialização da demanda, avulta destacar, agora, a importância de se buscar a resolução extrajudicial de conflitos nessa área, não só da tutela coletiva, mas também em sede de direito individual, inclusive com a atuação de Membros do Ministério Público.

Em verdade, essa atuação já vem sendo efetivada, diuturnamente, por intermédio da atuação dos membros ministeriais com atribuição na defesa da Saúde, os quais, não raras vezes, obtêm a resolução extrajudicial de conflitos mediante a expedição de um simples ofício, garantindo ao solicitante a entrega do medicamento ou a obtenção do leito hospitalar.

Ocorre que, a prática cotidiana vem demonstrando, cada vez mais, a dificuldade em se obter, pelo simples requerimento administrativo, a resolução extrajudicial desses litígios, urgindo que se mobilize o aparato estatal com o objetivo de

implantação de um sistema integrado e interinstitucional que garanta a aplicação imediata das normas constitucionais relacionadas à tutela do direito à saúde, quer em sede individual ou coletiva.

A necessidade de criação de via alternativa à resolução judicial de conflitos ressaltou de importância em virtude do estágio atual em que se encontra a judicialização da saúde no Brasil, valendo trazer à colação os seguintes dados a respeito do tema, relacionados à judicialização das demandas referentes ao Sistema Único de Saúde – SUS, no Brasil:

Para quem pesquisa gestão do sistema, a desigualdade é resultado do subfinanciamento histórico da rede pública somado a problemas de administração.

Processar o Estado para garantir o direito à Saúde gratuita, quando este não é cumprido, é uma ação comum. Em 2015, segundo dados do governo federal, os gastos do SUS por decisões judiciais foram de R\$ 1,013 bilhão. Em 2010, os gastos foram de R\$ 139,6 milhões.

Cerca de 99% dos gastos com ações na Justiça em 2015 foram de processos que diziam respeito à compra de medicamentos. Na maioria dos casos, os juízes determinam que o Estado arque com as despesas referentes aos tratamentos e medicamentos que não são oferecidos pelo SUS.<sup>3</sup>

Nesse diapasão, exsurge a adoção de vias de atuação interinstitucional de vanguarda, a exemplo das Câmaras de Conciliação na área da Saúde, cujo modelo, já implantado nos estados do Rio de Janeiro<sup>4</sup> e Mato Grosso<sup>5</sup>, vem efetivando o direito constitucional à saúde, individual e coletivo, de maneira mais célere e eficaz, por intermédio da atuação integrada de vários órgãos da Administração Pública e de tutela coletiva do direito à saúde, valendo ressaltar, em especial, a implantação da referida Câmara no estado da Bahia, pela quantidade de atores do sistema de Justiça que albergará.

#### **4. Da Câmara de Conciliação de Saúde – CCS – Uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro**

Portanto, como dito acima, neste contexto fático aparentemente insuperável e obscuro, de judicialização das demandas relacionadas ao Sistema Único de Saúde –

---

<sup>3</sup> É grave, Doutor? [em linha]. <<http://www.uol/noticias/especiais/sus.htm>> [10 agosto 2016]

<sup>4</sup> Em anexo, termo de convênio de n., que criou a Câmara de Conciliação de Saúde no Rio de Janeiro.

<sup>5</sup> Em anexo, termo de convênio de n., que criou a Câmara de Conciliação de Saúde no Mato Grosso.

SUS, sem que os entes federativos possuam capacidade orçamentária suficiente para arcar com as determinações judiciais correspondentes, surge como uma perspectiva à resolução extrajudicial de conflitos na área de saúde, a criação das Câmaras de Conciliação de Saúde – CCS, por intermédio de convênio de cooperação entre diversos órgãos, a exemplo dos Ministérios Público Federal e Estadual, Defensoria Pública da União e dos Estados, Poder Judiciário Federal e Estadual, e Procuradorias da União e Estadual, além das Secretarias Municipal e Estadual de Saúde, com o objetivo de garantir o direito constitucional à saúde, diante do crescimento da litigiosidade nesta área e os efeitos negativos causados à execução das políticas públicas de saúde.

Assim, identifica-se como projeto pioneiro no país, a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde do Rio de Janeiro (CRLS):

Criada em setembro de 2013, a CRLS é um projeto de cooperação que reúne as Procuradorias Gerais do Estado e do Município do Rio de Janeiro, além das secretarias estadual e municipal de Saúde, das Defensorias Públicas estadual e da União, e o Tribunal de Justiça do Estado. A ideia é buscar soluções administrativas para o atendimento de cidadãos que precisam de medicamentos, exames, internações, tratamentos e transferências do Sistema Único de Saúde (SUS), evitando o ajuizamento de ações<sup>6</sup>.

A referida Câmara busca “garantir o cumprimento de ordens judiciais através do Núcleo de Assistência Terapêutica (NAT) e da Central de Atendimento a Demandas Judiciais (CADJ), e evitar novos processos por meio da Câmara de Litígios” e funciona da seguinte forma:

A Câmara recebe os pedidos por prestações sanitárias que são levados às Defensorias, para que as secretarias de Saúde possam avaliar a disponibilidade no SUS, ou ainda outra alternativa para a oferta do tratamento. Em caso positivo, o paciente já sai, no mesmo dia, com uma guia de encaminhamento para a unidade de saúde onde receberá o atendimento. O órgão conta com uma equipe multidisciplinar com enfermeiros, farmacêuticos, nutricionistas, assistentes sociais e médicos para elaborar pareceres técnicos, de acordo com o quadro clínico apresentado e os tratamentos solicitados<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde recebe visita de comitiva do Estado da Bahia. [em linha]. <<http://www.saude.rj.gov.br/imprensa-noticias/28268-camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-recebe-visita-de-comitiva-do-estado-da-bahia.html>> [07 agosto 2016].

<sup>7</sup> A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde recebe visita de comitiva do Estado da Bahia. [em linha]. <<http://www.saude.rj.gov.br/imprensa-noticias/28268-camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-recebe-visita-de-comitiva-do-estado-da-bahia.html>> [07 agosto 2016].

A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS), criada em setembro de 2013, até junho deste ano, efetivara 30 mil atendimentos, com média de 909 por mês<sup>8</sup>.

Já no Mato Grosso, somente em 2014, foram gastos R\$ 80 milhões com liminares na área de saúde. A implantação da Câmara de Conciliação de Saúde nesse estado também se efetivou, em virtude da mobilização de diversos atores do sistema de Justiça, calhando trazer à colação as palavras da desembargadora Clarice Claudino, presidente em exercício do TJ/MS, ao comentar o índice de judicialização que vem acarretando no estrangulamento do orçamento público destinado à saúde:

“O Poder Judiciário tem obrigação de enfrentar desvios e zelar para que recursos, que são escassos, sejam bem utilizados. Além disso, havia grande número de decisões descumpridas. Alguns ganhavam e não levavam a Justiça que procuravam”, concluiu<sup>9</sup>.

A importância na solução não litigiosa de questões relacionadas à saúde, surge também da constatação de que parcela significativa das demandas ajuizadas é solucionada antes da sentença, com o fornecimento, mediante cadastro, de medicamentos incorporados aos programas públicos do SUS e a realização do exame ou procedimento cirúrgico pleiteado.

Ademais, os litígios na área de saúde requerem, na maior parte dos casos, medidas urgentes para salvaguardar o direito do paciente e que a complexidade da estrutura do Sistema Único de Saúde – SUS e o desconhecimento dos Programas de Saúde Pública, por vezes, dificultam a satisfação administrativa do pleito do interessado.

Na Bahia<sup>10</sup>, a concepção da Câmara de Conciliação de Saúde – CCS tem o escopo de promover o atendimento de cidadãos, diretamente ou quando assistidos pelo MPE, DPE ou DPU, que demandem prestação de serviço de saúde, de modo a evitar o ajuizamento de ações, buscando solução administrativa para oferta de medicamento, agendamento de procedimento cirúrgico, ou exame médico, nos limites e forma especificados no respectivo instrumento convenial.

---

<sup>8</sup> Rio de Janeiro cria programa para conciliar e mediar conflitos do estado. [em linha]. <<http://www.oabrj.org.br/noticia/101091-rio-de-janeiro-cria-programa-para-conciliar-e-mediador-conflitos-do-estado>>. [07 agosto 2016].

<sup>9</sup> Câmara contra a judicialização da Saúde mira indústria das liminares. [em linha]. <<http://www.rdnews.com.br/executivo/camara-contra-a-judicializacao-da-saude-mira-industria-das-liminares/71913>>. [07 agosto 2016].

<sup>10</sup> Termo de convênio que criou a Câmara de Conciliação de Saúde na Bahia.

A Câmara de Conciliação de Saúde – CCS assim, para cumprimento dos seus objetivos, será composta por servidores cedidos dos órgãos convenientes e contará com um Grupo de Apoio Técnico, além, obviamente, dos representantes dos órgãos do sistema de Justiça, a exemplo do Ministério Público Estadual - MPE, Defensoria Pública Estadual - DPE e Defensoria Pública da União - DPU e Poder Judiciário Estadual, e dos representantes das Secretarias do Município sede e do Estado, e das correspondentes Procuradorias Jurídicas.

A Câmara de Conciliação de Saúde – CCS tem por objetivo primordial, além da busca da celeridade e eficiência na atuação na área de saúde, atender as demandas relacionadas a medicamentos, insumos e materiais médicos, além de otimizar e abreviar a realização de exames e cirurgias de rotina/eletivas, buscando a internação, nos casos específicos, nos quais seja necessária essa medida.

Ressalte-se que as decisões da Câmara de Conciliação de Saúde serão encaminhadas às Secretarias Municipal e Estadual, com a orientação da postura administrativa a ser adotada.

A novidade trazida com a adoção desse modelo jurídico está ainda relacionada à possibilidade das partes convenientes suscitarem, ainda que já exista ação para tutela da pretensão, a inauguração dos procedimentos previstos no instrumento convenial, a fim de solucionar eventual entrave na satisfação da ordem judicial, ou adequar o tratamento às alterações da condição clínica do paciente.

Além disso as partes convenientes deverão promover reuniões mensais para análise técnica de demandas judicializadas com resultado desfavorável para os Poderes Públicos e elaboração de relatórios a serem encaminhados aos órgãos competentes à formação da política pública na área de saúde.

Caso não seja possível o atendimento à demanda do assistido na CCS, a questão poderá ser ajuizada pelo MPE, DPU ou DPE sendo que, aquelas submetidas ao teto de até 60 (sessenta) salários mínimos, deverão ser objeto de audiência para tentativa de conciliação prévia no âmbito do Juizado da Fazenda Pública ou do Juizado Federal, conforme o caso.

O fornecimento de medicamentos e insumos pela CCS exige o prévio registro destes na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), e fornecimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS), facultando-se a verificação pela CCS dos bancos de dados da Secretaria Estadual de Saúde e da Secretaria Municipal de Saúde de Salvador para verificar o estoque de medicamentos e a existência de insumos.

## **5. Dos desafios para a efetiva implantação da Câmara de Conciliação de Saúde**

### **5.1. A capacitação dos integrantes da Câmara de Conciliação de Saúde**

Quando se menciona a necessidade de capacitação dos integrantes da Câmara de Conciliação de Saúde se busca explicitar a necessidade de capacitação técnica jurídica que vise quebrar o paradigma de que a resolução de conflitos deva se efetivar de maneira tradicional, litigiosa e adversarial, ou seja, pela heterocomposição, mediante a intervenção estatal, por intermédio do Poder Judiciário, mas, sobretudo, pela resolução extrajudicial de conflitos, com a promoção da autocomposição, com a real atuação dos demais atores do sistema de Justiça, prestigiando-se o acesso a esta.

Lado outro, importante capacitar os integrantes da Câmara no conhecimento das demandas sanitárias, municiar a todos com informações sobre o funcionamento do sistema de saúde, suas vicissitudes, suas carências, seus conflitos internos, quer de natureza assistencial, organizacional (entre profissionais) e externos. Em outros termos, é preciso capacitar os integrantes da CCS nos assuntos de saúde, viabilizando, destarte, o diálogo institucional.

A capacitação que ora se aponta como necessária é fruto da autocapacitação, vale dizer, do esforço pessoal do integrante que se linha com os assuntos da área de saúde, promovendo individualmente o aperfeiçoamento do seu conhecimento, como também de maneira mútua, através do compartilhamento do conhecimento e das informações formais ou informais recebidas, visando à melhoria da relação interinstitucional e à elaboração de estratégias comuns em conjunto.

### **5.2. A permanência da resolução individual dos conflitos**

Outro desafio à efetivação da implantação da Câmara de Conciliação de Saúde é deixar sem resposta a constatação de que há um privilégio no exercício individual de um direito fundamental à saúde, justamente daqueles que, à semelhança dos que procuraram a via judicial, também se valerão das CCS's para satisfação dos seus direitos, gerando, não raras vezes, impactos de relevância na implementação e execução da política pública coletiva de saúde e priorizando a satisfação dos seus interesses pessoais sobre de outros que não buscaram essa via de resolução extrajudicial de conflitos.

### **5.3. Intervenção no cotidiano da gestão administrativa**

A implantação das CCS´s faz despertar também para outro desafio, o de que as CCS´s ocasionarão uma intervenção cotidiana na gestão administrativa, eis que suas decisões, até porque adotadas em conjunto com órgãos representativos da própria Administração Pública, a exemplo das Procuradorias Jurídicas e Secretarias de Saúde, deverão ser proferidas de modo a serem cumpridas.

Em outras palavras, a Administração Pública deverá adotar um modelo de gestão administrativa que possibilite o real acatamento, e de maneira eficaz e eficiente, das decisões adotadas nas CCS´s, sob pena de se desacreditar o modelo construído, por não garantir a concretização das suas decisões.

### **5.4. A necessidade de submissão à Lei de Licitações (Lei 8666/93 e alterações posteriores)**

Ademais, sabe-se que um dos grandes desafios que se põe na ordem do dia para os órgãos que integram o sistema de Justiça, diz respeito com a falta de flexibilidade das normas relacionadas às licitações públicas para aplicação na área de saúde.

Com efeito, de há muito os Operadores do Direito da área de saúde preconizam a falibilidade das normas relacionadas a licitações em relação a concretização do direito fundamental à saúde.

Nos respectivos instrumentos de criação das CCS's estudadas se observa a submissão de eventuais aquisições de medicamentos, materiais e insumos aos procedimentos estatuídos na Lei de Licitações, mesmo que em sede de dispensa ou inexigibilidade.

A adoção desses procedimentos, ainda que de maneira abreviada, como ocorre na contratação emergencial, não prescinde da adoção de um fluxo regular, o qual demanda tempo e não raras vezes não se compatibiliza com a brevidade que a doença impõe na vida do paciente.

### **5.5. Padronização de medicamentos, materiais e insumos**

De igual modo, pelo que se constata nos correspondentes instrumentos de criação das CCS´s não poderá haver a concessão de medicamentos, insumos e materiais que não estejam padronizados.

Essa previsão, não obstante confira maior segurança às decisões emanadas da

CCS, não deixa de ser limitativa do acesso à Justiça pela via extrajudicial, impossibilitando, não raras vezes, a resolução mais célere e eficaz do conflito, com a concretização do direito à saúde violado.

Embora se saiba que existem diversas decisões judiciais conferidas em pedidos formulados judicialmente que exorbitam a lista de medicamentos, materiais e insumos padronizados, inclusive alguns de caráter meramente experimental, não se ignora também que a incorporação de medicamentos, insumos e materiais na tabela SUS é extremamente burocrática e demorada, não raras vezes gerando prejuízo ao direito à saúde do paciente que deles necessita.

Ideal seria, então, que se estabelecesse uma regra intermediária, de modo a garantir a recepção não somente de pleitos de medicamentos, insumos e materiais padronizados, mas de outros, cuja a possibilidade de incorporação, de acordo com os conhecimentos técnicos, seja incontroversa, a fim de se ampliar o campo de abrangência na atuação da CCS's, otimizando a atuação destas.

### **5.6. Acolhimento da CCS como parte de uma política pública de saúde de estado e não de governo**

Um dos grandes desafios que se observa na implantação das políticas públicas na área de saúde diz respeito à adoção de medidas que não se perpetuam no tempo, por representarem decisões de governo e não de estado.

Assim, é preciso que os integrantes do sistema de Justiça que integram as CCS's tenham a sensibilidade de fomentar, junto a cada governo que se alterna no poder, a certeza de que as CCS's devem ser encaradas como uma política de estado e não de governo, razão pela qual deve a sua existência ser perene.

Essa constatação baseia-se na perspectiva de que a mudança de governo traz a modificação nos representantes legais das Procuradorias Jurídicas e das Secretarias de Saúde junto às CCS's, o que, não raras vezes, poderá acarretar em um retrocesso ao fluxo administrativo implantado e às boas práticas administrativas consolidadas, extraídas da experiência na cotidiana atuação.

### **5.7. Interiorização da CCS**

Um dos grandes desafios que se antevê à efetivação da implantação das CCS's será a sua capacidade de atingir não somente os pacientes que da sua atuação necessitam na capital do Estado mas, sobretudo, no interior do Estado.

Com efeito, sabe-se que a sede da Secretaria de Saúde do Estado, detentora das decisões de maior relevância, bem como da respectiva Procuradoria do Estado, é a capital do Estado.

Ocorre que, por óbvio, os conflitos relacionados à área de saúde se verificam em todo o território estadual, sendo aconselhável que se criem instrumentos jurídicos e mecanismos administrativos que possibilitem a atuação paulatina das CCS's também nos municípios do interior, objetivando o acesso à Justiça aos interessados também por esta forma de resolução extrajudicial de conflitos.

### Referências Bibliográficas

- Asceni, Felipe. Pinheiro, Roseni. *Defensoria pública e diálogo institucional em saúde: a experiência de Brasília – DF*. [em linha]. <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/15113>> [20 agosto 2016].
- Canotilho. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- Conselho Nacional do Ministério Público, *Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público*. [em linha]. <[www.cnmp.mp.br/portal.../manual\\_mediacao\\_negociacao\\_membros\\_mp\\_2\\_e\\_dicao.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal.../manual_mediacao_negociacao_membros_mp_2_e_dicao.pdf)> [10 maio 2016].
- Delduque, Maria Célia; Castro, Eduardo Vasquez. *A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil*. [em linha]. <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00506.pdf>> [20 agosto 2016].
- Júnior, Osvaldo Canela. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. [em linha]. <<http://www.google.com.br/url?url=http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/>> [30 abril 2016].
- Miranda, Jorge. *Manual De Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Volume IV, Coimbra: Coimbra Editora. 1993, ISBN 9723204193, 9789723204193
- Rosa, Alexandre. Marcelino Júnior, Júlio César. *Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos*

*patrimoniais: uma leitura crítica.* [em linha].  
<[www.abdconst.com.br/revista/direitos/AlexandreJulio.pdf](http://www.abdconst.com.br/revista/direitos/AlexandreJulio.pdf)> [16 maio 2016].

Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 50.

Vasconcelos, Marcos Cesar Santos. *As decisões normativas na jurisdição constitucional para a concretização dos direitos fundamentais.* [em linha].  
<[http://idp.edu.br/component/docman/doc\\_download/178-asdecisoesnormativas-na-jurisdicao-constitucional-para-a-concretizacao-dos-direitos-fundamentais](http://idp.edu.br/component/docman/doc_download/178-asdecisoesnormativas-na-jurisdicao-constitucional-para-a-concretizacao-dos-direitos-fundamentais)> [25 abril 2016].

A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde recebe visita de comitiva do Estado da Bahia. [em linha]. <<http://www.saude.rj.gov.br/imprensa-noticias/28268-camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-recebe-visita-de-comitiva-do-estado-da-bahia.html>> [07 agosto 2016].

Rio de Janeiro cria programa para conciliar e mediar conflitos do estado. [em linha].  
<<http://www.oabRJ.org.br/noticia/101091-rio-de-janeiro-cria-programa-para-conciliar-e-mediare-conflitos-do-estado>> [em linha]. [07 agosto 2016].

Câmara contra a judicialização da Saúde mira indústria das liminares. [em linha].  
<<http://www.rdnews.com.br/executivo/camara-contra-a-judicializacao-da-saude-mira-industria-das-liminares/71913>> [07 agosto 2016].

**CUANDO GÉNERO Y SALUD NO SON DERECHOS.  
EL CASO DE LAS BAJAS POR MENSTRUACIÓN  
DESDE UNA APROXIMACIÓN ANTROPOLÓGICA \***

**WHEN GENDER AND HEALTH ARE NOT RIGHTS.  
THE CASE OF MENSTRUATION LEAVES  
FROM AN ANTHROPOLOGICAL APPROACH**

Maje Girona Magraner  
*Universidad Pública de Navarra*

**Resumen:** Este artículo pretende poner de manifiesto la necesaria articulación entre antropología y derechos humanos como mecanismos de acción para implementar las bajas por menstruación dentro de las políticas sanitarias. La condición jurídica de las mujeres, a escala mundial, ha supuesto cambios fundamentales en cuanto a reconocimiento de derechos, no es menos cierto que la losa de los estereotipos, las limitaciones en la libertad y la legitimidad real de la igualdad de oportunidades, sigue perpetrando la desigualdad sanitaria. Las diferencias de género son una realidad, el derecho a implementar las bajas por menstruación una necesidad y ponerlas en las agendas políticas una oportunidad.

**Palabras Clave:** Menstruación, Violencia estructural, Antropología Médica, Derechos sanitarios, Mujeres, Política Sanitaria.

**Abstract:** This article aims to highlight the need to link anthropology and human rights mechanisms of action to implement the menstruation leaves in health policies. The legal status of women, a world scale, the fact, remains that the slab of stereotypes, limitations on freedom and real legitimacy of equal opportunities, health inequality continues to perpetrate. Gender differences are a reality; the right to implement menstruation leaves a need and put them on the political agenda, an opportunity.

**Keywords:** Menstruation, structural violence, Medical Anthropology, Health Rights, Women, Health policy.

## **1. Introducción**

No se puede empezar hablar de derecho y menstruación, sin antes explicar las razones por las que disciplinas como la antropología y los derechos humanos, deban trabajar en conjunto para favorecer (y facilitar) la vida y el bienestar de las mujeres, especialmente el caso que nos ocupa, la de las menstruantes. Para ello, es necesario vehiculizar los mecanismos y razones antropológicas que expliquen, en esencia, las imposibilidades para que las mujeres gocen del derecho a la salud en el más alto nivel.

Analizar la menstruación no solo desde las diferencias biológicas y diagnósticas, sino también desde la perspectiva de género y los derechos humanos, es

---

\* Este artículo, es uno de los pilares de un proyecto basado en un trabajo de investigación de más de cuatro años, y que sostiene ideas que desarrollo más ampliamente en la tesis doctoral, que se concluirá a finales de este año.

no caer en el oportunismo del que bebe la ciencia, siendo necesario replantear la posición y el enfoque de ambas disciplinas.

¿Tienen los antropólogos algo útil o relevante que decir sobre los derechos humanos?  
¿deben los antropólogos intentar saber si los derechos humanos son universales? (...)  
¿Tienen los antropólogos una obligación moral de promover los derechos humanos?  
(...) lo cierto es que el debate se impone ahora con especial urgencia debido a que los discursos sobre los DDHH se han concretado en argumentos omnipresentes, versátiles, y generalizados transnacionalmente, tanto en el ámbito público como privado<sup>1</sup>

En el estudio de las alteridades, las subjetividades y las individualidades se ha puesto a la antropología en el ojo de mira, especialmente en aquellas investigaciones basadas exclusivamente en los marcos jurídicos, suficiente motivo para, y a riesgo de polemizar, enfocar los derechos humanos en el problema que la menstruación y sus malestares adquieren en el Estado Español.

De hecho, uno de los principales puntos de este estudio, es el de (de)mostrar la influencia que disciplinas como la antropología tienen para ampliar el marco etnográfico, y por tanto el saber a la hora de interpretar realidades, donde objetividad y subjetividad se mezclan para expresar, y vislumbrar, la vulneración de derechos que sufren las mujeres menstruantes en áreas como la salud y el empleo.

Ante la necesaria labor de abordar la cuestión de los derechos humanos desde las necesidades culturales, la dialéctica y las subjetividades, esta investigación pretende ser un ejemplo de asumir el enfoque de derechos como pieza clave en los malestares en las mujeres, más concretamente, en los malestares menstruales, haciendo que ambas disciplinas sirvan, no solo, desde un marco teórico, sino también desde lo pragmático.

Aún a sabiendas que la problemática a converger ambas disciplinas aparece cuando la cultura y su interpretación se ve implícita en la cuestión de los derechos humanos, en tanto que es en este punto donde la academia no se pone de acuerdo ante términos como relativismo y universalidad, en lugar de centrar la reflexión en términos de individualidad y diferencias culturales.

La crítica a los modelos en los cuales la práctica se reduce a la firma de convenios o acuerdos, y que ha conducido a una legislación inaplicable o al incumplimiento de las

---

<sup>1</sup> Devillard, María José y Baer, Alejandro. "Antropología y Derechos Humanos: multiculturalismo, retos y resignificaciones". *Antropología Social*, 2010, 19, p. 26.

obligaciones internacionales en ausencia de sanciones relevantes para las entidades que trasgredan estos órdenes<sup>2</sup>

El cambio viene por generar corrientes que unan etnografía e interpretación dentro de un escenario de investigación antropológica, sirviendo a la acción de los derechos humanos como mecanismo de aproximación a la realidad

Para establecer cada dimensión en su justa medida se requiere una etnografía para cada caso, en lo cual se reconozcan las fuerzas y variables involucradas, al manera en que se ha desarrollado el conflicto y cómo ha incidido el discurso y la práctica de los derechos humanos en todo el proceso<sup>3</sup>

Para ello, nos acogemos al término de “localmente universal” de Goodale<sup>4</sup> quien afirma la necesidad de una no existencia de los totalitarismos, así como de un sentido de universalidad cuasi excluyente, como tampoco de la centralidad exclusiva de la individualidad.

Lo que se pretende es apostar por una aplicación relativista donde activistas, agentes sociales, políticos e investigadoras puedan implementar los derechos humanos a escenarios locales y globales desde, necesariamente una mirada tangible y realista.

Afirmar y permitir esta aserción provocaría que la antropología, como disciplina, pusiera de manifiesto la realidad mundana, la expresión de la subjetividades y la interpretación de la culturas, una disciplina necesaria para (“el diseño, implementación y evaluación de los sistemas de protección y defensa de los derechos humanos”).<sup>5</sup>

La pretensión de objetivar las prácticas sociales mediante la aplicación de un lenguaje legal, selectivo, desapasionado, neutro y de aplicación universal, deshumaniza los hechos y despersonaliza a las personas discriminadas -o simplemente concernidas-, quita a los acontecimientos sus dimensiones subjetivas y pone entre paréntesis las consecuencias personales<sup>6</sup>

Tras esta demanda, y ante la necesidad de un nuevo paradigma de análisis social, se exponen, a continuación una serie de puntos hilados que ayudarán a entender

---

<sup>2</sup>Brokmann Haro, Carlos. "Antropología y Derechos humanos". *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, 2009, 12, año 4, p. 64.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p.72.

<sup>4</sup> Goodale, Mark; Merry, Sally. (dirs.). *The Practice of Human Rights. Tracking Law Between the Global and the Local*. New York: Cambridge University Press, 2007.

<sup>5</sup> Brokmann Haro, Carlos. "Antropología y Derechos humanos..." p. 75.

<sup>6</sup> Devillard, Maria José y Baer, Alejandro. "Antropología y derechos humanos...", p.37.

la problemática que se presenta, viendo de qué manera la violencia estructural marcada por la ciencia y la medicina (punto 1) se manifiesta y se concibe desde la hipertrofia “voluntaria” de la perspectiva y análisis de género, así como por una apropiación exclusiva y excluyente de la medicina convencional (punto 2), generando espacios nulos de comprensión y tratamiento, y es en ese punto (punto 3) donde los derechos humanos como mecanismos de control y regulación, tienen un papel fundamental en la transformación social de los malestares menstruales. Por último, se hace un guiño a una conclusión inconclusa (punto 4), donde la polémica de lo analizado está expuesta con la intención de profundizarla y reflexionarla.

## **2. La invisibilización de la violencia estructural, bajo dominio médico. Una urgencia sin asistencia.**

Hace tiempo que viene escribiéndose sobre cómo las mujeres han hecho historia en la medicina, dentro de sus limitaciones en el campo de la investigación, pero una de las causas de que estos estudios no se hayan tratado con suficiente fuerza, o no como los movimientos de mujeres quisieran, es que se han quedado plasmados, por fuerza, en el reduccionismo teórico.

Los intereses de las corporaciones farmacéuticas y las investigaciones de la medicina convencional, con su estatus totémico, han evitado que se elevara a las agendas políticas, punto álgido hacia transformar la vida y la salud de la ciudadanía.

El análisis de cómo la salud aplicada a las mujeres ha quedado obsoleta por la misoginia que encierra la ciencia, con lo que, ante la afirmación de que la salud tiene género, su funcionalidad y aplicabilidad se ve configurada por un mundo etnocéntrico y patriarcal, con escasa representación de la mujeres en las investigaciones.

Es por ello incluimos conceptos como género, feminismo, patriarcado, desigualdad sanitaria y derechos sanitarios, de la forma más abierta y respetada posible, para vislumbrar la opresión que sufren las mujeres por parte del reduccionismo médico. Por lo que no hablamos de un estudio por y para las mujeres, en tanto que no se habla de ‘los malestares de las mujeres’, pues no son problemas exclusivos de las mujeres, sino que hablamos de ‘los malestares en las mujeres’, creados en ellas.

La menstruación, la vejez, la menopausia, la insatisfacción personal, los modelos de belleza, son malestares en las mujeres que muestran como los procesos vitales tienen en realidad un origen social y cultural.

El problema viene cuando estos argumentos se aproximan al determinismo biologicista, quien confunde estos ‘estares’ con enfermedades, en tanto que no se atiende a la razón social y que permite el sufrimiento de las mujeres en silencio, aquel que no puede ser expresado en palabras y que se encasilla en un estado anímico o diagnosticado como enfermedad mental, condicionando sus formas de vida cotidiana, aún sin causa orgánica demostrable.

Hablar de la depresión, como ejemplo de malestar, tal como contempla el DSM-V, es hablar de una de las mayores ‘patologías’ psiquiátricas recibidas en atención primaria. Si nos ceñimos a los estudios de la Organización Mundial de la Salud, alarman con que en los próximos 15-20 años esta cifra aumentará de forma exponencial quedando como la segunda causa o enfermedad psiquiátrica más grave a la que atender.

Los datos que muestra la Encuesta Nacional de Salud, da cuenta que alrededor de 2 millones de personas sufren depresión y ansiedad, siendo más del doble de mujeres las que lo padecen. Paralelamente a esto, un informe de utilización de medicamentos del 14/01/2015, el consumo de antidepresivos en España ha pasado de 26,5 DHD<sup>7</sup> en el año 2000 a 79,5 DHD en el año 2013, representando un incremento de 200%, además la prevalencia-año y prevalencia-vida del episodio depresivo mayor se ha estimado en un 3,9% y 10,5% respectivamente. La prevalencia-vida es mayor en mujeres (14,4%) que en hombres (6,2%).

Si centramos la atención en los grupos de edad, el 76,7% de los hombres mayores de 15 años, dicen poseer buena salud, frente al 67,5% de las mujeres. En edades de 16 a 44 años, el 94,6% de los hombres frente al 91,1% de las mujeres. El grupo de edad de 45 a 64 años, el 80,2% de los hombres perciben su salud como buena frente al 73,3% de las mujeres. Y por último, en la escala de más de 65 años, la diferencia se acentúa, con un 51 % para los hombres un 39% de las mujeres<sup>8</sup>, un ejercicio de responsabilidad a las que las mujeres se ven sometidas bajo el condicionante de género.

Cabe señalar que son síntomas y problemas de salud asociados a los hábitos que se adoptan. En el caso de las mujeres, aparecen problemas relacionados con cargas que afectan al cuerpo, como depresiones y ansiedades, y en donde la doble jornada laboral no queda exenta en estos malestares.

---

<sup>7</sup> Dosis, Habitante, Día.

<sup>8</sup> Datos extraídos de los últimos estudios de la Encuesta Nacional de Salud 2011-2013.

En cuanto a los hombres se refleja como a cierta edad, el cuidado en materia de alimentación se ve disminuido, cuyos síntomas están asociados al sistema endocrino, un reflejo de cómo la presión a mantener un peso perfecto y delgado recae de forma más notoria en las mujeres. Es decir, no tiene la misma importancia la imagen corporal de las mujeres que la de los hombres.

Podemos concluir que, aquellas cuestiones relacionadas en la calidad de vida tales como el autocuidado, las actividades cotidianas, el malestar o síntomas como ansiedad, depresión... el porcentaje en los hombres es mucho más bajo que en las mujeres, siendo el 17,9% en los hombres frente al 31,4% en mujeres; padeciendo dolores extremos en un 5,7% las mujeres frente al 2,1% de los hombres.

En el caso de los llamados moderados, la cifra de mujeres aumenta al 25,8% frente al 15,9 de ellos. Ante esta alarma social, en el 2014, la Organización Mundial de la Salud emitió un comunicado el 14 de Mayo del 2014 donde, nuevamente, alarmaba de cómo la depresión empezaba a ser la principal causa de enfermedad más común en la adolescencia, aunque en este caso no hizo distinción entre mujeres y hombres.

Analizar los malestares es hacer visible las diferencias biológicas y diagnósticas, y por tanto dar cuenta de cómo el sesgo de género afecta no sólo a la lectura de los datos sino a un correcto tratamiento, de la misma manera que esas desigualdades de género en materia de salud, pone en cuestión la violencia estructural que hoy día sigue siendo garante de las industrias farmacéuticas, cosméticas, estéticas y médicas, y que atenta muy seriamente a los derechos humanos, concretamente los sanitarios.

### **3. La hipertrofia de género y el *mainstreaming* médico.**

A lo largo de la historia, el género en la ciencia ha quedado encerrado en las redes de los determinismos biológicos y el *mainstreaming* de la medicina, en tanto que los estudios científicos han inspeccionado el cuerpo de las mujeres para el sostén del propio corporativismo médico y el lucro farmacéutico.

Cuando hablamos de malestares, tal como se referencia en la primera parte de este artículo, se hace mención a los procesos naturales tachados como patologías como por ejemplo la menstruación o la menopausia.

Por poner un ejemplo, el caso de la menstruación empezó adquirir relevancia médica en el siglo XX, cuando se iniciaron los primeros estudios del ciclo menstrual y

de las hormonas hipofisarias con el objetivo fin de desarrollar lo que hoy conocemos como anticonceptivos hormonales.

No sólo estas investigaciones sirvieron para conocer el funcionamiento fisiológico y sacar al mercado diferentes tratamientos, sino que además la puesta en escena de estas investigaciones hizo que empezaran a pensar acerca de tratamientos que pudieran erradicar la regla. Hecho que desde julio de 2007<sup>9</sup> se viene efectuando en Estados Unidos y puesta en vigor en España en julio del 2009<sup>10</sup>.

Para entender esto, hace falta hacer acercarse a lo he llamado como hipertrofia de género y la transversalidad médica, sirviéndonos de las teorías bourdianas para definir, en esencia, la necesidad de la deconstrucción del género y los binarismos médicos, así como las estructuras que naturalizan y perpetran la praxis médica y la desigualdad.

Los hábitos o estilos de vida que cada persona adopta en función de su construcción de la identidad, es decir, lo que Bourdieu acuñó como *habitus*<sup>11</sup>, entendido como todo acto que juega un papel clave en la construcción de acciones, o si se prefiere, estilos de vida, donde el sistema macro y micro se inscriben mutuamente en términos de percepción cultural y acción individual, mostrando así como la ciencia se apropia de estos mecanismos para dotar de culpabilidad al sujeto ante prácticas que estén marcadas fuera de la norma social.

Hablar de estilos de vida no es únicamente hablar de productividad en materia de salud en tanto que formas alimentarias y ejercicio físico, sino que pretende argüir entre las (im) posibilidades que ofrece la cotidianeidad y la manera en cómo las afrontamos, como por ejemplo los conflictos sociales, personales, cuestiones derivadas de la autoestima y la valoración, las relaciones interpersonales y las estructuras internas y/o propias del sujeto que están controladas y articuladas bajo sistemas de poder social con el fin de mantener el control del capital humano.

Otro dato que añadir, aparecido a lo largo de este estudio<sup>12</sup> es que la cuestión de la menstruación y su posible erradicación, ha generado debate y suscitado

---

<sup>9</sup> La primera en salir al mercado fue Lybrel, un fármaco que debe ser tomado ininterrumpidamente; la segunda fue Seasonale que propone tener cuatro reglas al año, una por cada estación.

<sup>10</sup> La píldora fue aprobada por la Agencia Española del Medicamento

<sup>11</sup> Bourdieu, Pierre. *Raisons pratiques*. París: Seuil, coll. Points, 1996.

<sup>12</sup> Cuestión que salió a debate en la estancia de investigación realizada en la *University of Berkeley, California (EEUU)*, en donde la participación no solo en la universidad, sino en diferentes movimientos sociales y feministas, expresaron la creciente incidencia de este problema y por tanto, una necesidad trabajar para una atención mediata y de urgencia.

controversia dentro del movimiento de lesbianas, así como un punto que se suma al acoso escolar que sufren muchas adolescentes. Lo que ha llevado a reflexionar sobre el papel que tiene la identidad, también en el área de la salud.

Pero esto es solo una pista, de muchas, para reflexionar qué ocurre con unas estructuras donde confluyen aspectos tan importantes como la ciencia, el sistema médico, la identidad, el género, la ética, la moralidad y los derechos humanos, y que además son mecanismo que deben de regularse para hacer frente al sistema de desigualdades socio-sanitarias.

Ejemplo de ello sería cómo he mencionado antes, de qué manera habría que actuar ante aquellas mujeres que se sienten encerradas en un cuerpo que no les identifica, prefiriendo someter, desde la decisión personal, (cabe plantear si una decisión libre o impuesta), su cuerpo a un tratamiento para erradicar la menstruación y sentirse bien consigo mismas.

Es entonces cuando debemos preguntar ¿Hablamos de un derecho a la libertad de decisión? ¿Son libres las decisiones que pretenden romper con las estructuras?, o por ende, ¿provocan que se siga manteniendo el poder que tiene la ciencia a la hora de controlar los cuerpos? ¿Es la tecnificación de los cuerpos una nueva forma de someterlos?

Una de las cuestiones que propongo en esta investigación es precisamente abrir este debate en las agendas políticas, y analizar estas preguntas dentro del paradigma de la igualdad y de los derechos humanos, puesto que no solo hablaríamos de bioética, sino del puesto que (pre) ocupa la moral en los quehaceres de la sociedad.

De hecho este artículo, pretende dar unas pinceladas a las cuestiones arriba planteadas, ante la opción de concebir las bajas por menstruación como una forma hacia el cuidado y el bienestar, aun a riesgo de propiciar lecturas y planteamientos polémicos.

Como ejemplo, expongo la situación de Japón y Rusia. En el primero se legisló la opción de acogerse a las bajas por menstruación, siendo esta decisión aplaudida por organizaciones feministas como un paso más en la emancipación de las mujeres y en la igualdad laboral. En cambio, en Rusia, dicha propuesta, a petición del Partido Liberal-Demócrata, generó controversia y un rechazo por parte de los movimientos feministas.

La diferencia entre una y otra, no fue la propuesta de ley en sí, sino las argumentaciones y justificaciones que se dieron. Sin extender más esta parte, quisiera exponer al menos una de las razones por las que fue rechazada en Rusia, y es que la

propuesta venía avalada por afirmaciones como que ‘los dolores menstruales reducen la memoria y la capacidad de trabajo’.

De hecho fueron los colectivos de hombres los más críticos, pues vieron esta ley como una forma de discriminación a la inversa haciendo que, un gran el nº de mujeres que podían cogerse la baja fuese un nº muy reducido.

Aun planteando la misma propuesta, las respuestas son diferentes, pues sin la incorporación de la perspectiva de género y atender a las personas como sujeto de derechos, la viabilidad de las políticas, no podrán ostentar la medalla de la inclusión y la igualdad. Si bien es cierto que es una cuestión que puede suscitar dudas y polémica, como así ha sido, no es menos cierto que este asunto debe tratarse en las agendas de los Estados como responsables directos de la salud y los derechos de la ciudadanía.

Hace falta virar por un modelo pro común donde las intervenciones recaigan en el cuidado y mantenimiento del bienestar de la ciudadanía desde la igualdad y el trato no discriminatorio.

#### **4. Los derechos humanos y la salud de las mujeres: derechos ¿a la deriva?**

El hecho que se decida dejar un espacio para hablar de Derecho Humanos, recae por su propio peso, pues la historia de las mujeres ha estado teñida de constantes violaciones y discriminaciones, incoherentes a la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Cabe señalar cómo estos principios no fomentan el fortalecimiento de la solidaridad en materia de salud en tanto que universal, no se centran en la salud desde una visión de identidad y de género, según las diferentes necesidades entre hombres y mujeres, y cómo los fundamentos bioéticos están vinculados a los requisitos de gestión en el desorden social.

Esta afirmación de los derechos como mecanismos de utilización de las normas para asegurar las leyes de apoyo en materia de salud y mejorar los procesos de bienestar en la ciudadanía, queda lejos por la ‘iatrogenización’ que hacen en la sobreexplotación de las patologías y el desarraigo de la buena salud basada en la ‘hipermedicalización’.

Hace falta considerar, para atender al fenómeno MEM que planteo, que las construcciones de la identidad (a las necesidades de las mujeres) y las representaciones sociales (simbólicas) se atiendan como ejes del corpus del sujeto, dejar a las mujeres que en sus diferentes procesos vitales puedan expresarse y sentirse escuchadas, para que

desde ese punto de intercambio de experiencias se trabaje desde una intervención holística y no desde la propia exclusividad científica.

De hecho es imposible entender el concepto de salud y promoción cuando el sistema médico y el corporativismo farmacéutico no dejan espacio a otros sectores sociales que ayuden a componer un sistema sanitario de valores cercano a la realidad de las personas.

Al hilo de esto, y bajo una aproximación humilde sobre la jurisdicción internacional, cabe hacer referencia a la primera Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud, celebrada en Ottawa el 21 de noviembre del 1986 bajo el título Salud para Todos en el año 2000, se sostiene que la promoción de la salud no concierne únicamente al bienestar físico y psíquico, y por tanto no debiera ser exclusivo del sector sanitario, es decir, de nuevo en esta declaración se reafirma el objetivo de implementar en las políticas sanitarias otros sectores de la población que garanticen un progreso personal, económico, social e igualitario hacia el desarrollo de la calidad de vida.

Factores sociales, políticos, culturales, económicos, biológicos, medio ambientales, biológicos... pueden apuntar o bien a una mejora del bienestar o en detrimento de ésta, es por eso que la acción clave es precisamente implementar la promoción de la salud desde la óptica de los sistemas múltiples, para reducir diferencias y asegurar un estado de salud acorde a la sociedad vigente, y así al menos lo menciona esta declaración que dice que “la reorientación de los servicios sanitarios exige igualmente que se preste mayor atención a la investigación sanitaria, así como a los cambios en la educación y la formación profesional” es decir, visibilizar a las mujeres en el sector sanitario, cuyas medidas sanitarias y tratamiento se hagan a las mujeres partícipes en el desarrollo de un estado de salud basado en la igualdad de oportunidades.

Por otra parte la Organización Mundial de la Salud, debe redefinir que los problemas no asociados con trastornos mentales, el caso que aquí se defiende, los malestares de las mujeres, deben quedar exentos de tratamiento y lectura clínica. De hecho, y aunque suene contradictorio, lo ratifica en la resolución A68/14 diciendo que:

La necesidad de una representación firme de temas tales como desigualdad, género, mujer, juventud, recuperación, migración y cambio climático; y análogamente en lo

concerniente a transparencia, universalidad, carácter multidimensional, producción y consumo sostenibles<sup>13</sup>.

Ya hablamos en su momento del poder que toma la cultura en los procesos de identidad hacia la reformulación del ser, de nuevo toma posesión en el espacio de construir modelos que respondan a la construcción social determinante, y es por esta razón que la antropología médica adquiere una doble funcionalidad, como disciplina de investigación pero también como sistema de gestión en las políticas públicas.

La aportación de la antropología y de la óptica del género hará más pertinente, si cabe, la influencia e importancia de representar la salud pública como un espacio capaz de articular lo racional, lo empírico, lo simbólico y lo emocional, en cuanto injertos propios hacia el bienestar de las personas y redefinir un concepto de salud pública para que los Estados puedan ampliar sus gestiones en base a las exposiciones y demandas de la ciudadanía, una salud pública que se acoja a las nuevas transformaciones sociales.

## **5. Intentando concluir...**

Necesariamente hace falta una reforma de las políticas en materia de sanidad para que la intervención pública sea una intervención individual y colectiva desde la visión de las personas, y para ello hace falta exigir medidas que regulen las informaciones y publicitaciones dadas por los medios de comunicación en cuanto a la venta de fármacos y tratamientos estéticos y productos controladores de los cuerpos, que aún hoy siguen vislumbrando un abuso, permitido, por parte de los Estados.

Por ello, el análisis también debe hablar de malestar cultural en tanto que los malestares son también un problema político e institucional. Las conquistas sociales en relación a los derechos de las mujeres se corresponden con una mejor comprensión de sus experiencias, aportaciones y realidades que las disciplinas académicas proporcionan.

Mientras que la violencia simbólica y estructural no sea reconocida como punto sancionable en la ley, seguirá habiendo una perpetración de las leyes bajo puntos de desigualdad e inequidad social.

La cuestión por tanto, es replantear la posibilidad de las bajas de menstruación como un derecho de acción, es decir, la posibilidad de considerarlos como problemas

---

<sup>13</sup> Organización Mundial de la Salud. 68.<sup>a</sup> Asamblea Mundial de la Salud. Punto 14.2 del orden del día provisional. *La salud en la agenda para el desarrollo después de 2015. Informe de la Secretaría* [en línea]. <[http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/WHA68/A68\\_14-sp.pdf](http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA68/A68_14-sp.pdf)> [28 agosto 2016].

sociales directamente se verían sometidos al escrutinio de derecho y por tanto insertos por obligación en las agendas políticas, haciendo que pasasen a tener un punto propio en las políticas de salud.

Si bien las soluciones técnicas pueden mitigar las consecuencias inmediatas, el progreso sostenido dependerá de cambios más profundos que necesariamente redefina un modelo sostenible en derechos humanos, de los derechos sanitarios bajo la óptica de género y las políticas sanitarias, para que la intervención pública también sea una intervención individual y colectiva.

Los contextos de lucha por los derechos se ven constantemente implicados en cuanto la medicina toma posesión de los avances, y toma a los sujetos como objetos de ensayo. Si bien es cierto, estas afirmaciones son un tanto peliagudas, más lo son cuando emergen de forma cada vez más acuciante y rimbombante los problemas de salud que afectan a las mujeres en forma de malestares, y que precisamente por su magnitud dentro de un debate filosófico y político, deben estar, también, en las agendas de derechos humanos, en los organismos reguladores y en las propias políticas públicas.

Hacen falta nuevas vías que analicen estas desigualdades deontológicas, que la ciencia se represente por escenarios de participación de ambas disciplinas, y que en las prácticas legales, políticas e intelectuales ciencia, derechos y la visión de la antropología feminista, haga que las políticas sean no solo inclusivas, sino reales con las coyunturas.

### **Referencias Bibliográficas**

- Arias Campos, Rosa Ludy. "Aportes de una lectura en relación con la ética del cuidado y los derechos humanos para la intervención social en el siglo XXI". *Trabajo Social*, 2007, 9, pp. 25-36.
- Barsky, Arthur Joseph. "The Paradox of Health". *New England Journal of Medicine*, 1988, 318 [7], pp.414-418.
- Beauchamp, Tom/Childress, J.F. *Principios de ética biomédica*. Barcelona: Mason, 1999.
- Bordo, Susan. *Unbearable weight: feminism, western culture and the body*. Berkeley: University of California Press, 1993.
- Bourdieu, Pierre. *Raisons pratiques*. París: Seuil, coll. Points, 1996.
- *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama, 2010

- Brokmann Haro, Carlos. "Antropología y Derechos humanos". *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, 2009, 12, año 4, pp. 55-76.
- Comas d'Argemir, Dolors. "La violencia sobre las mujeres en la agenda política". *Revista Ankulegi*, 2011, 15, pp.175-190.
- Devillard, María José. & Baer, Alejandro. "Antropología y Derechos Humanos: multiculturalismo, retos y resignificaciones". *Antropología Social*, 2010, 19, pp.25–51.
- Esteban, Mari Luz. *Antropología del cuerpo. Género, itinerarios corporales, identidad y cambio*. Barcelona: Bellaterra, 2004
- Esteban, Mari Luz; Comelles, José María y Díez Carmen. *Antropología, género, salud y atención*. Barcelona: Bellaterra, 2010.
- Foucault, Michael. *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*. México: Siglo Veintiuno, 1966.
- Goodale, Mark; Merry, Sally. (dirs.). *The Practice of Human Rights. Tracking Law Between the Global and the Local*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- Lock, Margaret; Schepher-hughes, Nancy. "A critical-interpretive approach in medical anthropology: Rituals and routines of discipline and dissent". En T. M. Johnson y C. F. Sargent (dirs.). *Medical anthropology. A handbook of theory and method*. Nueva York: Greenwood Press, 1990.
- Löwy, Ilana. "Le féminisme a-t-il changé la recherche biomédicale? Le Women's Health Movement et les transformations de la médecine aux États-Unis". *Travail, Genre et Sociétés*, 2005, 14, pp. 89-108.
- Organización Mundial de la Salud. 68.<sup>a</sup> *Asamblea Mundial de la Salud. Punto 14.2 del orden del día provisional. La salud en la agenda para el desarrollo después de 2015. Informe de la Secretaría* [en línea]. <[http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/WHA68/A68\\_14-sp.pdf](http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA68/A68_14-sp.pdf)> [28 agosto 2016].
- Stolcke, Verena. "¿Es el sexo para el género como la raza para la etnicidad?". *Cuadernos para el Debate*, 1999, 6, pp.87-111.



# ENVELHECER NA CHINA E O IMPASSE DA PIEDADE FILIAL

## AGING IN CHINA AND THE IMPASSE OF PILGRIMAGE

Jaqueline da Silva de Souza  
*Universidade de Salamanca*

**Resumo:** O envelhecimento da população é um evento demográfico sem precedentes na história da humanidade, que tem suscitado novas questões, especialmente em países que o vivenciam antes mesmo de terem alcançado um estágio desejável de desenvolvimento sócio-econômico. Nesta comunicação, pretendemos expor e analisar algumas questões que a China, no seu esforço de promover e garantir os direitos humanos de sua população, tem enfrentado diante da realidade de seu envelhecimento massivo e de suas consequências, que tem colocado em cheque a tradicional virtude da piedade filial (*filial piety*). Lançar um olhar sobre essa experiência pode contribuir para uma reflexão sobre os limites acerca da intervenção dos poderes públicos sobre a esfera privada (familiar e individual) com o objetivo de garantir o efetivo respeito à dignidade da pessoa humana.

**Palavras chaves:** Direitos Humanos, China, Piedade filial.

**Abstract:** The population aging is an unprecedented demographic event in human history and new questions have arisen on this reality, especially in the countries that are seeing its population aging before reaching a desired socioeconomic development stage. In this paper, we intend to expose and examine some issues that China, in its efforts to promote and ensure the human rights of its population, has faced in view of the reality of their massive aging and its consequences, that is putting into question the traditional virtue of filial piety (*filial piety*). Having a look at this experience can contribute to a reflection on the limits of the public powers's intervention in the private sphere (family and individual) in order to ensure the effective respect for the dignity of the human person.

**Keywords:** Human Rights, China, Filial piety.

### 1. Um quadro das condições da pessoa idosa na China

Na República Popular da China, que passaremos a chamar apenas de China, um país em que o respeito aos mais velhos historicamente faz parte de suas tradições, como expressão da chamada “piedade filial” (Xiao -孝), traduzida para o inglês como *filial piety*, é possível constatar a ocorrência de uma mudança significativa, com repercussão na prática social, na forma de interpretação desse conceito. Embora o país esteja adotando medidas objetivando estender a toda a nação condições de vida compatíveis com a prosperidade econômica alcançada, até mesmo como estratégia de desenvolvimento e de integração do país no quadro de um mundo globalizado, algumas questões relativamente à pessoa idosa exigem atenção pontual.

### 1.1. O suicídio de idosos na China e no mundo: uma questão de saúde pública

Em maio de 2014, os noticiários de várias partes do mundo<sup>1</sup>, inclusive os especialmente voltados para assuntos da República Popular da China<sup>2</sup>, divulgaram uma possível tragédia pessoal então vivida por idosos chineses. Segundo esses noticiários, o governo da cidade de Anqing, na província oriental de Anhui, na China, teria determinado que deveriam ser cremados os corpos de todas as pessoas que morressem a partir de 1º de junho de 2014, o que teria levado idosos da localidade a abreviarem a própria vida para garantir o direito a um enterro tradicional, fato que fora noticiado no jornal local “Beijing News Daily”, o periódico oficial de notícias do município de Pequim. A política implementada pelo governo de Anqing teria culminado, segundo essas notícias, com o confisco e a destruição de caixões, cuja compra costuma ser diligenciada cuidadosamente pelos moradores mais idosos da cidade. O governo chinês teria negado qualquer relação entre os suicídios ocorridos na cidade de Anqing e as novas regras que passariam a vigorar na localidade<sup>3</sup>, mas o tema segue recorrente no China Daily USA, jornal oficial chinês de língua inglesa.

Uma questão cultural histórica justifica que se faça uma associação entre os suicídios dos idosos, ocorridos em Anqing, e a divulgação da nova regra funerária (cremação) estabelecida pelo governo dessa cidade, seja essa associação procedente ou não, porque o sepultamento e os cuidados dedicados aos túmulos dos entes queridos, pelos seus familiares, são atos de significativa e especial importância em um país onde há uma tradição milenar de culto aos ancestrais. No entanto, uma outra questão, cuja procedência os dados estatísticos confirmam e não deixam qualquer margem de dúvida, é a gravidade da questão do suicídio nesse país, especialmente na faixa etária dos mais idosos.

---

<sup>1</sup> Vide, por todos, acessados em 29/05/2015, os seguintes informativos digitais: na França, no Direct Matin, de 27/05/2014, e no Le Figaro, de 28/05/2014; na Inglaterra, no The Guardian, de 28/05/2014; no México, no El Diálogo, de 28/05/2014; no Brasil, dentre outros, nos jornais populares "O Globo", de 28/06/2014, e Gazeta do Povo, de 18/05/2014.

<sup>2</sup> No informativo China Daily USA, jornal oficial chinês em língua inglesa, sob o título "New cremation rule shakes old traditions", em 29/05/2014, às 07:15 h, acessado em 02/06/2015. Também o informativo digital do jornal tailandês Bangkok Post, referindo-se à mesma fonte (Beijing Daily News), estampou a notícia intitulada "Aged Chinese suicide, avoid coffin bun", na sessão "breakingnews", em 28/05/2014, às 01:49 h PM. No SINO-US.com, sob o título "A bridge between China and US", foi notícia em 29 de maio de 2014.

<sup>3</sup> No China Daily, de 29/05/2014, sob o título "Suicides not tied to new cremation rules", em nota, foi negada a relação dos seis suicídios noticiados pelo pelo Oriental Morning Post em Shanghai com as novas regras que impunham a cremação.

### 1.1.2 Organização Mundial de Saúde constata: a taxa de suicídio de idosos na China é elevada

Há muito a Organização Mundial de Saúde (OMS) tem se preocupado com a questão do suicídio no mundo e já em 1968 teria publicado o informativo *Prevent Suicide*, que inicia a sua apresentação observando que a prevenção do suicídio é uma importante responsabilidade de saúde pública, e estimando que o mundo contava então com a cifra anual de aproximadamente meio milhão de pessoas cometendo o suicídio.<sup>4</sup> A referida publicação já então observava que estudos epidemilógicos poderiam ser de grande importância no planejamento das medidas de prevenção<sup>5</sup>.

Apesar da clara radiografia feita, em 1968, do problema e dos meios como enfrentá-lo, os números aumentaram nas décadas seguintes e, nos últimos 45 anos, conforme dados divulgados pela Organização Mundial de Saúde, no relatório "Prevenición del suicídio: un imperativo global"<sup>6</sup>, de 2014, a taxa de suicídios no mundo foi elevada em 60%, chegando em 2012 à marca de 804.000 óbitos e continuando na pauta de preocupações da OMS.<sup>7</sup>

O relatório "Prevenición del suicidio: un imperativo global" tem um valor histórico, pois é o primeiro relatório global sobre prevenção do suicídio publicado pela instituição desde a sua fundação, e tem como objetivo contribuir para a implementação de políticas e estratégias nacionais que possam reduzir a sua ocorrência no mundo.<sup>8</sup> Baseado em um estudo em que foram analisados os dados de 172 países membros da OMS com população com 300.000 habitantes ou mais, esse documento contou com contribuições técnicas de centros de pesquisa de várias partes do mundo, inclusive da China, e revelou que, embora a taxa de suicídio na China, reconhecidamente muito elevada, tenha apresentado uma tendência decrescente entre os anos de 2000 e 2012, a exemplo da maioria dos países analisados pela Instituição, com uma queda significativa

---

<sup>4</sup> World Health Organization. *Prevent Suicide*. Geneva: OMS, 1968, p. 9. A versão em espanhol foi publicada em 1969 pela Organización Mundial de la Salud.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>6</sup> Prevenición del suicidio: un imperativo global. Washington, DC: OPS, 2014. O texto integral do relatório da Organização Mundial de Saúde, divulgado em 4 de setembro de 2014, pode ser obtido no sítio oficial da Organização das Nações Unidas, em sete idiomas, no link: <<http://apps.who.int/iris/handle/10665/136083>>. A versão em espanhol, disponível no site, foi publicada pela Organização Panamericana de la Salud – OPS, no mesmo ano.

<sup>7</sup> A organização intensificou os seus trabalhos e realizou várias publicações abordando o tema, dirigidas a profissionais de diversas áreas, mais intensamente a partir do ano 2000 como parte do programa SUPRE (Suicide Prevention), lançado em 1999.

<sup>8</sup> V. Prevenición del suicídio: un imperativo global. Washington, DC: OPS, 2014, p. 07. O relatório observa que os valores indicados não são precisos, porque os registros existentes podem não refletir plenamente a realidade, devido ao número de instancias envolvidas nos registros.

(de 59,6%) no citado período<sup>9</sup>, o país continua, todavia, apresentando números bastante elevados em comparação com os demais países que foram objeto de estudo. Os valores mais elevados são verificados especialmente entre as pessoas de 70 anos de idade ou mais, tanto em comparação com cada uma das demais faixas etárias abordadas pelo estudo, como com o somatório dos valores destas<sup>10</sup>. Além disso, o país também apresenta diferenças significativas nas taxas e características demográficas do suicídio relativas às zonas urbanas e rurais<sup>11</sup>.

## 2. A velhice rural chinesa: pobreza extrema e vulnerabilidade

A China é um país que possui uma divisão urbana e rural bastante distinta politicamente e legalmente, existindo uma profunda diferença nos padrões de vida, sistemas de educação, na infraestrutura pública, nos serviços de saúde e na previdência na velhice, o que teria levado o Banco de Desenvolvimento Asiático (*Asian Development Bank*), em 2012, a afirmar que a China, de fato, é "duas nações diferentes", apesar de todo progresso econômico alcançado pelo país<sup>12</sup>. E o que o país tem de gigantismo em dimensão territorial<sup>13</sup> tem também em dimensão populacional, já que, segundo as Nações Unidas, passou de 1,3 bilhões de habitantes em julho de 2015<sup>14</sup>, dos quais 15,2% possuem mais de 60 anos e 9,6%, mais de 65 anos. Esses percentuais irão aumentar em muito até 2050 (tabela 1.0), numa velocidade que não pode ser comparada com os países que, ao seu lado, ocupam hoje os primeiros lugares em percentual de população idosa (em ordem decrescente: Japão, Itália, Alemanha, Finlândia e Portugal).

---

<sup>9</sup> Embora a China tenha apresentado um decréscimo nas taxas apresentadas, comparando-se os anos de 2000 e 2012, os dados estatísticos disponibilizados pela Organização Mundial de Saúde revelam que o número de suicídios na China, no ano de 2009, foi correspondente a 26% do total de mortes por suicídios no mundo.

<sup>10</sup> O Brasil figurou, no relatório citado, na oitava posição dos países com maior número de suicídios no mundo (11.821 óbitos) e apresentou um crescimento em 2012 de 10,4% da taxa verificada em 2000, sendo que esse aumento foi de 17,8% entre as mulheres e 8,2% entre os homens.

<sup>11</sup> World Health Organization. *Prevent Suicide...* p. 25.

<sup>12</sup> Shen, Ce y Williamson, John B. "China's new rural pension scheme: can it be improved?" [em linha]. *International Journal of Sociology and Social Policy*, 2015, 30. <[www.emeraldinsight.com/0144-333X.htm](http://www.emeraldinsight.com/0144-333X.htm)> [9 diciembre 2015].

<sup>13</sup> Com um território de 9,6 milhões de quilômetros quadrado, a China, que ocupa o 91º lugar em Índice de Desenvolvimento Humano no relatório de 2014 (referente a 2013), é o maior país da Ásia e terceiro maior país do mundo, atrás somente da Rússia e o Canadá.

<sup>14</sup> Mais precisamente 1.376.048.943 habitantes, em julho de 2015, segundo a Divisão de População da Organização das Nações Unidas, o que corresponde a aproximadamente um quinto da população mundial (18,72%), que nesse mesmo período era de 7.349.472.099.

**Tabela 1.**  
**0 Países com maior percentual de população idosa no mundo**

	1950	1975	2000	2015	2025	2040	2050	2075	2100
<b>Mundo</b>	8,0	8,4	9,9	12,3	14,9	18,9	21,5	25,2	28,3
Japão	7,7	11,7	23,3	33,1	35,6	41,2	42,5	41,3	40,9
Itália	12,0	17,5	24,1	28,6	33,6	40,5	40,7	39,3	39,9
Alemanha	14,5	20,5	23,1	27,6	33,2	37,3	39,3	38,7	39,7
Finlândia	10,1	15,5	19,9	27,2	30,4	31,7	32,4	34,5	36,4
Portugal	10,4	15,3	21,7	27,1	32,2	39,8	41,2	41,8	41,3
China	7,5	6,5	9,9	15,2	20,8	30,9	36,5	39,4	39,6



Por outro lado, segundo um ranking do Banco Mundial, relativamente ao ano de 2014, a China possuiria atualmente o segundo maior Produto Interno Bruto (PIB) do mundo, com 10.354.832 milhões de dólares ao ano, ocupando o primeiro lugar os Estados Unidos da América (com 17.419.000 milhões de dólares) e o terceiro, o Japão (com 4.601.461 milhões de dólares)<sup>15</sup>. O crescimento do PIB da China tem mantido uma média de 10,0% ao ano nas duas últimas décadas (1994-2014), segundo dados disponibilizados pelo Banco Mundial, alcançando um percentual de crescimento mais estável a partir de 1991, mas sempre acima de 7,0%.<sup>16</sup> Esse desempenho econômico reduziu em muito a extensão da pobreza extrema no país e muitos chineses viram a China se transformar rapidamente em uma sociedade industrializada. Porém, os ganhos dessa prosperidade têm sido distribuídos de forma desigual no país, que ainda vê aprofundadas as diferenças entre a população urbana e a rural no que se refere ao desempenho econômico e ao desenvolvimento social<sup>17</sup>.

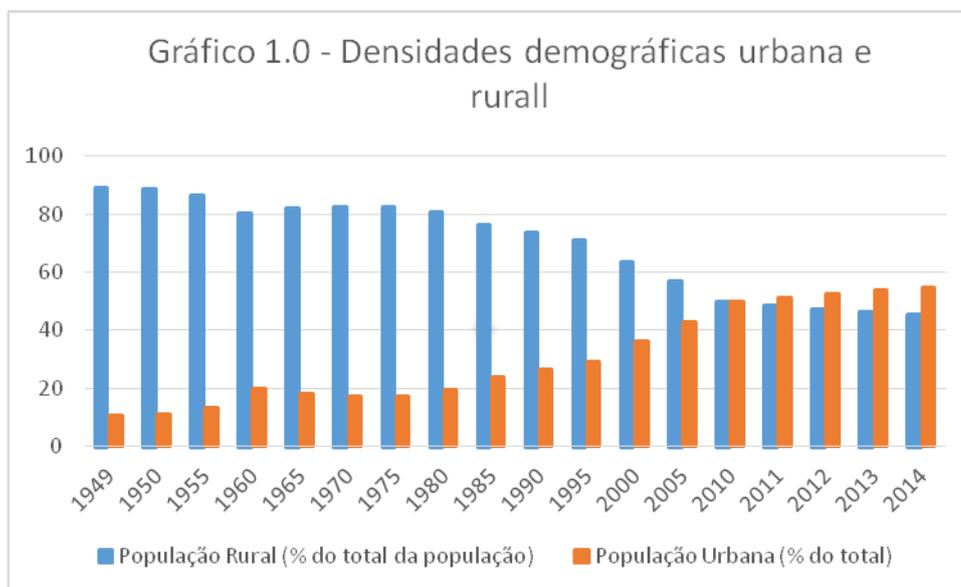
Já tendo tido aproximadamente 90% da população vivendo na zona rural em 1949, a China era ainda, até a década de 80, uma sociedade essencialmente agrária. No entanto, deu-se nessa ocasião um acelerado processo de industrialização e de urbanização, que levou o país, a partir de 2011, a ver sua população urbana superar a

<sup>15</sup> World Development Indicators database. *World Bank*, s.d. <<http://data.worldbank.org/data-catalog/GDP-ranking-table>> [19 febrero 2016].

<sup>16</sup> Base de dados do Banco Mundial.

<sup>17</sup> Shen, Ce y Williamson, John B. "China's new...", pp. 239-240.

populaçãoo rural, com a marca de 51,27%, de forma que, em 2014, 54,77% de sua populaçãoo vivia nas áreas urbanas, um percentual tendente a crescer (Gráfico 1.0)<sup>18</sup>.



Fonte: *China Statistical Yearbook, 2015. National Bureau of Statistics of China. [em linha].* <[www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2015/indexeh.htm](http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2015/indexeh.htm)> [12 mayo 2016].

A migraçãoo dos jovens adultos para a zona urbana, em busca de trabalho e melhores condições de vida, aumentada pelo acelerado desenvolvimento econômico do país, a partir de 1980; o envelhecimento progressivo da populaçãoo, modificando a estrutura etária do país; e queda da taxa de natalidade provocada pela política do filho único, iniciada no final dos anos de 1970, foram fatores que contribuíram para enfraquecer ainda mais o já insuficiente sistema rural tradicional de segurança na velhice.

Segundo divulgado pelo China Statistical Yearbook de 2015, a taxa de contagem de pobreza na área rural teria passado de 17,2% em 2010 para 7,2% em 2014, considerando o padrão de reduçãoo de pobreza de 2010.<sup>19</sup> Com efeito, o Pension Watch, um recurso *on-line* desenvolvido pela rede HelpAge International, que coleta dados sobre pensões sociais no mundo, observou, em análise de 2013, que desde a introduçãoo do novo sistema, em 2009, são 89 (oitenta e nove) milhões de pessoas sob o novo esquema de pensãoo rural, o que resulta numa melhora sem precedentes na cobertura de pensões nos últimos cinco anos<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> China Statistical Yearbook 2015. *National Bureau of Statistics of China* [em linha] <[www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2015/indexeh.htm](http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2015/indexeh.htm)> [12 mayo 2016].

<sup>19</sup> V. indicador Poverty Conditions in Rural Areas. *China Statistical Yearbook, 2015. National Bureau of Statistics of China. [em linha].* <[www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2015/indexeh.htm](http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2015/indexeh.htm)> [12 mayo 2016].

<sup>20</sup> Pension Watch. "Briefings on social protection in older age. Briefing nº 11. Pension coverage in China and the expansion of the New Rural Social Pension. London: HelpAge International" [em linha] 2013.

Trata-se de um modelo que está chamando a atenção do mundo, devido a escala de beneficiários que busca alcançar, revelando que a China está fazendo um balanço do progresso alcançado nos últimos anos e buscando promover a diminuição das grandes diferenças sócio-econômicas regionais do país, para alcançar um desenvolvimento mais integrado, experiência que pode, a partir dos acertos e deficiências divulgados nesse processo de transição, servir de modelo, segundo o Pension Watch, para os demais países asiáticos emergentes que compartilham as mesmas características da China: crescimento econômico, envelhecimento da população e baixa cobertura previdenciária.<sup>21</sup> Apesar das melhorias obtidas, reconhece-se, entretanto, que há um longo caminho de mudanças para o alcance de um sistema de cobertura realmente universal.

### 3. A milenar virtude da piedade filial

A "piedade filial" poderia ser traduzida, entre nós, por "responsabilidade filial", porém uma tradução desse tipo pode ter um efeito reducionista de seu valor e sentido no âmbito da cultura em que essa virtude se forjou. De acordo com o sistema filosófico e ético chinês baseado nos ensinamentos de Confúcio (551-479 a.C.), que influenciou a China e outras culturas asiáticas, como, por exemplo, o Japão, a Korea e o Vietnã, os filhos devem ter por seus pais a denominada "piedade filial" (Xià), que é uma das virtudes cujo cultivo o confucionismo apregoa. A "piedade filial" encontrar-se-ia entre as maiores virtudes do indivíduo e deveria ser devotada tanto aos vivos como aos mortos, o que inclui o culto aos ancestrais remotos, um respeito reverente aos mais velhos que foi estendido a outros relacionamentos familiares e introduzido, inclusive, no âmbito laboral.

Na China antiga, as três principais religiões (alguns teóricos preferem chamar de filosofias) oficiais no país eram o confucionismo, o taoísmo e o budismo, sendo que apenas as duas primeiras eram originárias do país, enquanto que a segunda, importada e devidamente adaptada, foi admitida no país desde o século I de nossa era<sup>22</sup>. Existem nove livros clássicos chineses estreitamente ligados à doutrina de Confúcio (Kung-Fu-Tsé): os cinco clássicos, chamados de King, aos quais se costuma às vezes juntar o Xiao

---

<<http://www.pension-watch.net/about-social-pensions/about-social-pensions/pension-watch-briefing-series>> [14 abril 2016].

<sup>21</sup> V. Pension coverage in china and the expansion of New Rural Social Pension, Briefing nº 11, UK: Help Age Internacional, 2013, p. 2.

<sup>22</sup> Berga, Juan B. *Confucio y Mencio. El País de los 'Hijos del Cielo*. Madrid: Clásicos Bergua, 1969, p. 14. Observa o tradutor que, no passado, ao longo de séculos, o confucionismo foi a doutrina predominante da corte e entre os homens letrados.

Jing<sup>23</sup>, denominado o livro canônico da piedade filial, e os outros quatro livros, que são descrição das conversações de Confúcio com seus discípulos<sup>24</sup>. Em todas essas obras, é comum a referência à piedade filial como um dos mais altos valores de um homem e, segundo a doutrina de Confúcio, esse dever de respeito e de deferência devido pelos filhos aos pais seria devido também no âmbito de outras relações, como entre o príncipe e seus ministros, a mulher e o seu marido, os irmãos mais jovens e os mais velhos, e mesmo entre os amigos, constituindo-se esses deveres os cinco deveres universais do gênero humano<sup>25</sup>.

O livro Xiao Jing ou "Clássico da Piedade Filial" (*Classic of Filial Piety*) ou Xiao Jing, não teria sido escrito diretamente por Confúcio, como nenhum dos demais, sendo o resultado de transcrição das conversações dele com o seu discípulo Zang, provavelmente realizada por algum dos membros da escola deste, e teria sido a obra da literatura antiga que mais teria influenciado imperadores e as dinastias que se sucederam, conforme observa James Legge<sup>26</sup>. Logo no início dessa obra, Confúcio teria afirmado que a piedade filial era “a raiz de toda a virtude e o tronco de onde nasce todo ensinamento moral”<sup>27</sup>.

Citamos a obra de Confúcio, como exemplo da tradicional cultura de respeito aos mais velhos e aos antepassados, porque foi a que exerceu maior influência sobre a cultura chinesa, inclusive sobre o seu sistema legal, e que já em sua época constituía-se em grande medida na reprodução de ensinamentos ainda mais antigos, tendo sido registrado que frequentemente o Mestre se reportava à autoridade de antigos documentos, que incentivava os seus discípulos a estudar<sup>28</sup>. Independentemente de toda crítica a que possa estar sujeita a doutrina da piedade filial do confucionismo e do uso que os detentores do poder fizeram dela ao longo da história na China, ela traduz a histórica solidez dos valores desta cultura, em que a reverência e a dedicação aos pais, o respeito aos idosos e o culto aos ancestrais fazem parte de uma tradição milenar.

<sup>23</sup> Expressão também encontrada com a grafia *Hsião King* ou *Hsiao Ching*.

<sup>24</sup> Berga, Juan B. *Confucio y Mencio...*, pp. 28-29. Embora nessa obra o tradutor tenha usado a denominação “Ching Hio-king”, adotamos a denominação mais corrente. Iremos encontrar a menção aos livros e essa divisão também referida por Legge, James. *The Sacred Books of China: The Texts of Confucianism*. s.l: Ullan Press, 2012

<sup>25</sup> Confucio y Mencio. *Los Libros Canónicos Chinos: Los Cinco Grandes Libros de Política, Moral y Filosofía de la Antigua China*. Madrid: Clásicos Bergua, 1969.

<sup>26</sup> Legge, James. *The Sacred...*, p. 20. James Legge observa que essa obra, assim como outras Shù, Pimavera e Outono e Analectos, foram encontradas no reinado do Imperador Wu, 140-85 a. C. numa parede da casa de Confúcio ou de sua família, não sendo possível saber quanto tempo estiveram ali.

<sup>27</sup> Legge, James. *The Sacred...*, p. 466. Tradução livre do texto “filial piety is the root of all virtue 1, and the stem out of which grows all moral teaching”. Em nota, o tradutor observa que toda virtude all virtue quer dizer as cinco virtudes principais, consideradas constituintes da humanidade: a benevolencia, retidão, o decoro, o coecimento e a fé.

<sup>28</sup> Legge, James. *The Sacred...*, p. 14.

É fato, entretanto, que, na atualidade, embora ainda seja bastante presente a ideia de piedade filial como um dever e um valor, o idoso chinês nem sempre tem encontrado no seu meio familiar e social o amparo de que necessita. Isso ocorre especialmente com os idosos das áreas rurais, que têm visto seu filho único migrar para as cidades em busca de melhores condições de vidas e que, não tendo como obter da terra o mínimo para o seu sustento e não recebendo da família o suporte de que necessita, têm visto suas condições de vida pioradas com o passar do tempo.

### **3.1 As transformações da percepção da virtude da piedade filial:**

Se no passado famílias mais numerosas cuidavam de seus poucos idosos, o envelhecimento e a chegada à aposentadoria de uma grande população com um único filho fará com que este possivelmente venha a ter sob sua dependência os cuidados de seus pais, e em muitos casos também os de seus avós, prognóstico que tem feito com que os cuidados institucionais sejam apontados como uma opção. Isso tem levado a uma série de questionamentos quanto aos desdobramentos dessa atual configuração da realidade, especialmente quanto ao impacto sobre a forma de interpretar a regra tradicional de piedade filial e a sua prática.

As mudanças decorrentes da implantação do comunismo/socialismo, com a revolução em 1949, na China, que eliminou a família como unidade de produção, e especialmente a Revolução Cultural da década de 1960, Mao, já vinham afetando as práticas e formas de pensar tradicionais da cultura chinesa, inclusive a tradicional virtude da piedade filial, que na china pré-moderna foi fundamental para a manutenção da estabilidade da sociedade feudal chinesa, porém sem conseguir eliminá-la<sup>29</sup>.

Essa responsabilidade filial, de caráter ético tradicional, fazia-se fortemente sentida em um contexto rural de grandes famílias multi-geracionais. Trata-se de uma norma tradicional de gênero, uma responsabilidade assumida pelo homem jovem porque, sendo a família chinesa fortemente patriarcal, as filhas se tornavam membros da família de seus maridos, o que explicaria a preferência por filhos homens, vistos como um seguro de vida para o futuro, “a life insurance for the future”<sup>30</sup>. Essa ética de responsabilidade seria um imperativo tradicional para o homem jovem chinês,

---

<sup>29</sup> Wen, Huike. *Television and the Modernization Ideal in 1980s China: Dazzling the Eyes*. Lanham: Lexington Books, 2014, p. 24.

<sup>30</sup> Lin, Xiaodong. *Gender, Modernity and Male Migrant Workers in China: Becoming a 'Modern' Man*. London: Routledge, 2013, p. 61 y p. 57. Ao expor o seu trabalho, o autor observa que a maioria dos estudos sobre gênero e imigração enfoca a experiência da mulher e isso é resultado parcial da importância da pesquisa feminista relacionada às questões de gênero, registrando também que não só os homens e a masculinidade têm sido pouco estudados, mas igualmente a sexualização na dinâmica familiar tende a ser pouco abordada.

assimilada pelas prescrições recebidas ao longo da sua educação, e reforçada pelo padrão de expectativas gerado a partir do contato imediato e da proximidade geográfica de pais e avós.

Porém, o desenvolvimento econômico e o processo de modernização vivenciado pela China a partir da década de 1980, tendo como consequência a intensificação da migração de jovens das áreas rurais para as áreas urbanas, teriam provocado um impacto ainda mais profundo sobre os seus valores tradicionais, desafiando e modificando especialmente o significado dessa prática tradicional. E, dentro da nova perspectiva que vem se estabelecendo, até mesmo a compra de aparelho televisivo para os pais idosos foi apontada como demonstração de prática da piedade filial.

Xiaodong Lin, em um estudo feito a partir de narrativas masculinas, observa que a prática tradicional da piedade filial e o seu significado simbólico estão passando por uma transformação. Segundo a tradição cultural chinesa, o zelo pela família é parte central da vida e a ida para a cidade, em busca de melhores oportunidades e de aumento de renda, tem sido percebida como uma forma de melhor prover a família e, especialmente, como uma forma de cumprir a responsabilidade filial<sup>31</sup>.

Outro estudo relativamente recente chama atenção para o fato da prática da *Xiao* estar sendo relacionada não apenas à ajuda financeira proporcionados aos pais mais velhos, mas também aos cuidados institucionais, uma percepção que está ocorrendo tanto sob o ponto de vista dos idosos, como também de suas famílias e de funcionários das instituições de cuidado, que veriam a institucionalização como um verdadeiro privilégio ou luxo, e até mesmo motivo de “orgulho”, devido ao seu alto custo e à qualidade dos serviços oferecidos<sup>32</sup>.

Até 1990, o contexto social e cultural chinês para o cuidado dos pais foi exclusivamente tradicional e o governo não oferecia qualquer programa de cuidado para os idosos aos filhos adultos, porém, com as reformas econômicas direcionadas à descentralização e a uma economia de mercado implementadas a partir de 1990, a maioria das instituições de bem-estar existentes foram privatizadas e transformadas em

---

<sup>31</sup> Lin, Xiaodong. *Gender...*, pp. 60-62. Observa que teria subestimado a continuidade de valores, obrigações e responsabilidades entre as gerações, já que as gerações mais jovens em suas narrativas revelaram um senso de responsabilidade familiar que ele não esperava encontrar e que a ida para a cidade em busca de melhor oportunidade, com o aumento da renda, de prover melhor vida a seus familiares, tem sido percebida como um compromisso com a família e especialmente uma demonstração atenção às responsabilidades filiais.

<sup>32</sup> Zhan Heying, Jenny; Xiaotian, Feng; et als. “Placing Elderly Parents in Institutions in Urban China: A Reinterpretation of Filial Piety”. *Research on Aging*, 2008, 30, 5, pp. 544 y 565. Os autores observaram que custo de uma casa de assistência à pessoa idosa nessa cidade era muito alto, equivalente aproximadamente às pensões da maioria de aposentados de classe média em Nanjim.

instituições de serviços sociais, tendo que buscar novas fontes de receita e de financiamento para equilibrar o seu orçamento, ao mesmo tempo que novas casas de cuidados privadas foram abertas nas comunidades<sup>33</sup>. O resultado foi que o número cresceu rapidamente e se, de 1950 a 1990, somente seis casas de respeito aos idosos tinham sido fundadas pelo governo, em cinco anos, no período de 1995 a 2000, mais de 300 casas de cuidados foram criadas, tornando-se na China urbana uma alternativa para o cuidado familiar para aqueles com suficientes necessidade, dinheiro e acesso<sup>34</sup>.

A importância do citado estudo está em mostrar que mudança dos contextos sociais têm levado à compreensão de que a *Xiao* não consiste mais no cuidado direto dos pais pelos filhos em estágios tardios da vida e de que, se os filhos adultos não estão adequadamente disponíveis para prestarem diretamente os serviços de cuidado - tendo como única alternativa deixar os pais idosos em casa a maior parte do dia, sozinhos ou apenas com crianças, algumas vezes em condições materiais que lhes dificultam ou impedem o exercício das atividades diárias -, a institucionalização em uma boa clínica, onde possam receber cuidados diretos, de cuidadores, médicos ou enfermeiros, além de ambiente social que promova atividades diárias em interação com pessoas de mesma idade, está sendo percebida como demonstração de suporte financeiro e de compromisso emocional dos filhos<sup>35</sup>. Entretanto, como observam os autores do estudo mencionado e é um dado relevante, não participaram da pesquisa anciãos não residentes em instituições, nem pessoas que tenham delas saído, mas uma amostra não aleatória de entrevistados que estavam dispostos ou ansiosos para falar sobre suas experiências, sendo possível que se trate de pessoas que justamente tiveram experiências positivas no atendimento institucional. Porém, somente o tempo dirá se estamos diante de um processo de mudança social, que reconhecerá de forma consensual, nessa opção, um gesto de amor e devoção, ou se, ao final, trata-se de um comportamento que, em diáspora com um mundo onde as relações humanas são cada vez mais mercantilizadas, não é mais que uma possível subcontratação da piedade filial.

#### **4. Legislação protetiva dos idosos na China:**

A Constituição de 1954 da República Popular da China não apresentava disposição protetiva específica para idosos de cunho geral, limitando-se a prever o direito dos trabalhadores de assistência material na velhice e no caso de doença ou

---

<sup>33</sup> Zhan Heying, Jenny; Xiaotian, Feng; et als. "Placing...., p. 547

<sup>34</sup> *Ibidem* pp. 544, 547 y 548.

<sup>35</sup> Zhan Heying, Jenny; Xiaotian, Feng; et als. "Placing...., pp. 559 e 567.

incapacidade, em seu artigo 93<sup>36</sup>. As Constituições de 1975 e de 1978 apresentaram a mesma previsão nos seus art. 27<sup>37</sup> e 50<sup>38</sup>, respectivamente. Porém, a Constituição de 1982, deixou de usar a expressão “trabalhadores” (*working people*) para utilizar, em seu art. 45, “cidadãos chineses”, sem fazer qualquer distinção, ao reconhecer-lhes o direito de assistência material do Estado e da sociedade na velhice, na doença e na incapacidade, prevendo também que o Estado desenvolveria um seguro social e serviços médicos e de saúde necessários para que os cidadãos gozassem desse direito.<sup>39</sup> Por sua vez, a Constituição de 1982, pela primeira vez, expressamente vedou o maltrato de pessoas idosas, mulheres e crianças (art. 49).<sup>40</sup> Mas o maior salto qualitativo das disposições da Constituição Chinesa de 1982 veio a ocorrer com a emenda aprovada em 14 de março de 2004, pelo Congresso Nacional do Povo (NPC), que introduziu um terceiro parágrafo no seu Artigo 33 para dispor: “O Estado respeita e preserva os direitos humanos”, *The State respects and preserves human rights*<sup>41</sup>.

Antes disso, no final de agosto de 1996, foi adotada e promulgada (Ordem nº 73 do Presidente da República Popular da China, de 29 de agosto de 1996) a Lei que dispõe sobre Proteção dos Direitos e Interesses dos Idosos da República Popular da China, que, definindo a pessoa idosa como aquela com idade de 60 anos ou mais (artigo 2º), estabelece que o Estado e a Sociedade deverão adotar medidas para implementar um sistema de seguridade social para as pessoas idosas e gradualmente melhorar as condições que contribuam para seu bem-estar, boa saúde e participação no desenvolvimento social (art. 3º). No entanto, embora estabeleça que é dever de toda a sociedade proteger os direitos e interesses dos idosos, juntamente com organismos estatais, instituições públicas e outras no exercício de suas funções e responsabilidades art. 6º<sup>42</sup>, é a família que, principalmente, tem o dever de cuidar dos idosos, sendo os filhos e as filhas legalmente os seus protetores, artigos 10 e 11, não podendo se recusar

---

<sup>36</sup> Constitution of the People's Republic of China, The. Adopted on September 20, 1954 by the First National People's Congress of the People's Republic of China. Peking: Foreign Languages Press, 1961, art. 93.

<sup>37</sup> Constitution of the People's Republic of China, Adopted on January 17, 1975 by Fourth National People's Congress of the People's Republic of China at its First Session, Foreign Languages Press, Peking 1975, First Edition, 1975, art. 27.

<sup>38</sup> Constitution of the People's Republic of China. Adopted on March 5, 1978 by the Fifth National People's Congress of the People's Republic of China at its First Session, art. 50.

<sup>39</sup> National People's Congress of the People's Republic of China, The. Database of Laws and Regulations. [em linha]. <[http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/Integrated\\_index.html](http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/Integrated_index.html)> [20 junho 2015].

<sup>40</sup> Article 49. (...). Maltreatment of old people, women and children is prohibited. (grifei)

<sup>41</sup> Texto disponível na base de dados de leis e regulamentos do Congresso Nacional Popular da China.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

a cumprir suas obrigações sob o argumento de abrir mão de seus direitos de herança ou por outras razões, artigo 15<sup>43</sup>.

Um dos mais recentes avanços na legislação protetiva, segundo noticiado pela agência de notícias Xinhua, em 28 de dezembro de 2015, foi a aprovação pela China do marco legal contra violência doméstica, pela maioria do Comitê Permanente do Congresso Nacional Popular, em reunião realizada no dia 27 desse mesmo mês.<sup>44</sup> O tema da violência doméstica era abordado em diplomas e regulamentos diversos, como a lei do casamento, a lei de proteção de menores, a lei de proteção dos idosos e lei de proteção dos direitos e interesses da mulher, tendo inclusive passado ao status de vedação constitucional na Constituição de 1982, art. 49, mas carecia de uma lei especializada, que retirasse a violência doméstica do âmbito privado e garantisse a efetiva proteção de suas vítimas<sup>45</sup>.

Colocando sob questão se a tradição milenar de reverência, respeito e cuidados dos idosos, na China, tem sucumbido aos novos padrões de comportamento e valores da atualidade, o país implementou uma reforma da sua Lei de Proteção dos Direitos e Interesses Idosos, de 1996, que inclui disposições que, dentre outras medidas, objetivam enfrentar a realidade do abandono e do desamparo de um número crescente de idosos no país, bem como delimitar o âmbito de responsabilidade da família, da sociedade e do Estado, com uma proposta de atuação articulada, objetivando a melhoria de sua qualidade de vida e com uma disposição bastante controversa sob o aspecto jurídico.

#### **4.1 A Lei de Proteção dos Direitos e Interesses da Pessoa Idosa na China e sua reforma**

Desde o dia 1º de julho de 2013, entrou em vigor uma emenda da Lei sobre os Direitos e Interesses dos Idosos Law of the Rights and Interests of the Elderly, Order nº 72 of the President of the Peoples Republic of China, aprovada em 28 de dezembro de 2012, com efeitos a partir de 1º Julho de 2013. Dentre as alterações promovidas no diploma legal, que mantém em linhas gerais as disposições do texto original e incluiu maior compromisso do Estado na implementação de medidas de proteção aos idosos, a nova disposição normativa chinesa veta a negligência das "necessidades espirituais"

---

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> Xinhua. *China approves landmark law against domestic violence* [em linha]. 28 de dezembro de 2015. <[http://www.china.org.cn/china/2015-12/28/content\\_37406976.htm](http://www.china.org.cn/china/2015-12/28/content_37406976.htm)> [19 abril 2016].

<sup>45</sup> *Ibidem*.

*spiritual needs* dos pais idosos, determinando que os filhos visitem seus pais idosos ou que mantenham algum tipo de contato com eles com frequência *frequently* artigo 18<sup>46</sup>.

Em leitura dos textos legais disponibilizados em inglês pelos órgãos oficiais do governo chinês, verificamos que a norma, que tem como alvo as pessoas com sessenta anos ou mais que vivem por própria conta, permite que as visitas possam ser substituídas por saudações *greetings*, também art. 18. Com base na nova lei, pais idosos que se sintam negligenciados podem solicitar mediação ou submeter a questão ao judiciário e os empregadores deverão garantir aos empregados cujos pais moram distante licença para que possam realizar visitas.

A nova lei incentiva os membros da família a viverem juntos ou próximo dos parentes idosos, exigindo que o governo providencie auxílio às famílias para os cuidados dos idosos e criação de condições favoráveis para que seja possível à população idosa morar com os membros da família, prevendo também a responsabilidade dos governos locais de dar tratamento preferencial a idosos para obtenção de habitação com baixo custo e apoio no arrendamento de moradia.

Embora não especifique a forma processual ou as sanções aplicáveis, a referida lei permite que os pais possam processar seus filhos que faltarem com suas obrigações de cuidado e mantém a disposição de que os filhos não podem desistir de seus direitos de herança na tentativa de se furtar a suas obrigações. Além disso, estabelece que os pais terão o direito de solicitar aos filhos o pagamento de subsídio mensal e outros direitos, se houver recusa de cuidar deles artigo 19<sup>47</sup>. Conforme noticiado pela agência oficial de notícias da China, Xinhua, o primeiro caso julgado com base nessa lei ocorreu na cidade de Wuxi, justamente em Jiangsu, onde uma mãe de 77 anos de idade processou a sua filha por tê-la negligenciado, caso em que a corte local determinou que a filha deveria visitar sua mãe ao menos duas vezes ao mês e lhe prover suporte financeiro<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Article 18 Family member shall care for the mental needs of the elderly, and shall not ignore or cold-shoulder the elderly.

Family members living apart from the elderly shall frequently visit or greet the elderly.

Employers shall, in accordance with the relevant provisions of the state, ensure the rights of the supporters to have the family visit leave.

<sup>47</sup> Essa disposição constava do artigo 15 do texto original, que restringia-se à possibilidade dos pais idosos de solicitarem pensão alimentícia.

<sup>48</sup> Yang, Fang (ed.). *First elderly care case heard after law amendment* [em linha]. <[http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-07/02/c\\_132506271.htm](http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-07/02/c_132506271.htm)> [19 abril 2016].

## 5. Conclusão

A velocidade do envelhecimento da população chinesa tem causado muita preocupação aos poderes públicos do país, tanto quanto causou o crescimento acelerado de sua população, que acabou resultando na adoção, pelo governo chinês, da política do filho único no final da década de 1970, como vimos. Se o governo chinês, como política de controle populacional e de planejamento familiar, exerceu poder de polícia para “impedir de nascer”, estabelecendo por lei uma restrição de natalidade que teve como consequência perversa a violação de direitos humanos como esterilização forçada, abortos forçados ou seletivos, e abandono e infanticídio de meninas, decorrente da preferência cultural por filhos homens, pelo fato de então se tratar de uma sociedade predominantemente rural e necessitada de mão de obra no campo, etc, não pode dispor de recursos autoritários sobre a sua população para “impedir de envelhecer”.

Felizmente, o governo chinês, ciente de que não pode andar na contra-mão de uma sociedade globalizada e reconhecendo que o desenvolvimento integral de um país não é possível à margem do respeito aos direitos humanos ainda que também como uma estratégia de política externa, tem envidado esforços para compreender a sua nova realidade demográfica e para encontrar respostas para os muitos desafios colocados pelo envelhecimento massivo de sua população e suas consequências, buscando deixar no passado a imagem de um país que apresentava um histórico de sistemática violação a direitos, especialmente os das mulheres, e construir um novo papel na comunidade global, como demonstra a publicação do livro branco intitulado, *Progress in China's Human Rights in 2014*<sup>49</sup>.

Por outro lado, enfrentando nesta década a diminuição da sua população em idade ativa<sup>50</sup>, o aumento da população masculina em relação à feminina e o aumento da razão de dependência de pessoas com 60 anos ou mais em relação ao grupo etário em idade de trabalhar, a China reformou o seu sistema de pensões e tem adotado várias

---

<sup>49</sup> The State Council. “The People's Republic of China. Progress in China's Human Rights 2014” [em linha]. <[http://english.gov.cn/archive/white\\_paper/2015/06/08/content\\_281475123202380.htm](http://english.gov.cn/archive/white_paper/2015/06/08/content_281475123202380.htm)> [8 junho 2015].

Texto integral divulgado pelo informativo XINHUA, rede oficial de notícias do Governo chinês,.

<sup>50</sup> Leckie, Stuart H. “The People's Republic of China”. En Park, Donghyun (ed.). *Pension systems in East and Southeast Asia: Promoting fairness and sustainability*. Philippines: Asian Development Bank, 2012, pp. 6-20. In *Pension systems in East and Southeast Asia: Promoting fairness and sustainability*. Park, Donghyun (ed.). Philippines: Asian Development Bank, 2012, p. 7. Este estudo do Banco de Desenvolvimento da Ásia de 2012, estimou que a população em idade ativa da China começaria a encolher após um pico em 2016 quando teria fim o seu “bônus demográfico”, enquanto seguirá aumentando a razão de dependência de pessoas com 60 anos ou mais com relação ao grupo etário em idade de trabalhar e diminuindo a razão de dependência de pessoas de 14 anos ou menos. Baseando-se nas projeções das Nações Unidas, Leckie observa que a atual relação de potencial apoio da população em idade ativa em relação á população aposentada é de 6 para um, mas este número cairia para 2 até 2040, vendo-se expandir rapidamente os custos de pensão (p. 8).

medidas objetivando a melhoria das condições de bem-estar da população idosa atual e futura no país. E, no final de 2015, objetivando reequilibrar a balança populacional, decidiu voltar a “deixar nascer”, modificando a atual política de filho único para admitir aos casais chineses, em emenda à lei vigente, um segundo filho<sup>51</sup>.

Nesse contexto, a tradicional piedade filial chinesa, de raízes milenares, surge com uma obrigação legal, quando antes era uma questão essencialmente moral, que não pode sequer ser comparada à responsabilidade filial de concepção ocidental, para a qual cada vez mais tem sido buscada fundamentação na solidariedade intergeracional. Essa nova orientação normativa, além de precisar se despir de um possível traço do autoritarismo que norteou o governo chinês nas últimas décadas, encontrará como desafio a sua eficácia pedagógica, que dependerá muito mais de que os valores tradicionais do povo chinês resistam às consequências perversas da modernidade<sup>52</sup> e de que o país esteja vivenciando um verdadeiro e consequente processo de assimilação do respeito e da garantia dos direitos humanos universais como valor e dever.<sup>53</sup>

### Referências bibliográficas

- AFP. “Aged Chinese suicide, avoid coffin bun”. [em linha]. Bangkokpost.com, <<http://www.bangkokpost.com/lite/breakingnews/412226/aged-chinese-suicide-avoid-coffin-ban>> [01 maio 2015].
- Berga, Juan B. *Confucio y Mencio. El País de los ‘Hijos del Cielo*. Madrid: Clásicos Bergua, 1969.
- China daily USA. “Suicides not tied to new cremation rules” [em linha]. *China Daily*

<sup>51</sup> Huaxia (ed.). “China to allow two children for all couples” [em linha]. *Xinhuanet.com*, 29 de outubro de 2015. <[http://news.xinhuanet.com/english/2015-10/29/c\\_134763645.htm](http://news.xinhuanet.com/english/2015-10/29/c_134763645.htm)> [12 março 2016].

A rede oficial de notícias Xinhua, da China, Beijing, noticiou que esse país iria permitir a todos os casais terem dois filhos, de acordo com decisão tomada na 5ª Sessão Plenária do 18º Comitê Central do Partido Comunista da China Em 27 de dezembro de 2015, o Congresso Nacional Popular ou Assembleia Nacional Popular da China Legislativo, aprovou o fim da política do “filho único”, instituída no final da década de 1970 e implementada a partir da década de 1980, admitindo que os casais possam ter dois filhos, medida que entrou em vigor a partir do dia 1º de janeiro de 2016, conforme noticiado pela mesma rede Xinhua.

<sup>52</sup> Nesta obra, os autores expõem, sob o ponto de vista sociológico, suas respectivas visões acerca dos paradoxos do mundo capitalista moderno, no qual a China vem buscando afirmar e consolidar o seu espaço. Nas últimas décadas, esses e outros pensadores da atualidade buscaram denominações outras que pudessem ser definidoras deste novo estágio da Modernidade e de suas consequências (“sociedade de risco”, “modernidade tardia”, “modernidade reflexiva”, “modernidade líquida”, ect), tendo sido mais assimilado o termo “pós-modernidade”, que no entanto, não ficou isento de críticas, mas esse é um tema que merece desenvolvimento à parte.

<sup>53</sup> Martínez Quinteiro, Maria Esther. “Crisis de a Modernidad y Derechos Humanos”. En Wickham, Chris; et al. (coords.) *Las Crisis en La Historia: Sexta Jornadas de Estudios Histórico* organizadas por el Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea de la Universidad de Salamanca. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1995, pp. 161-187. Observa a autora nesse artigo que os próprios conteúdos dos Direitos Humanos reconhecidos ao longo da história, não foram consensuais quanto ao seu alcance e limites desde os primeiros textos declarativos e normativos, mas que, independentemente disso e da crise da modernidade, não perderam (o que a realidade atual confirma) a sua vocação universalista e a sua força mobilizadora enquanto ideologia.

- USA, 2014 <[http://usa.chinadaily.com.cn/epaper/214-05/30/content\\_17553892.htm](http://usa.chinadaily.com.cn/epaper/214-05/30/content_17553892.htm)> [01 junho 2015].
- China Statistical Yearbook 2015. National Bureau of Statistics of China. [em linha]. <[www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2015/indexeh.htm](http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2015/indexeh.htm)> [12 mayo 2016].
- Confucio y Mencio. *Los Libros Canónicos Chinos: Los Cinco Grandes Libros de Política, Moral y Filosofía de la Antigua China*. Madrid: Clásicos Bergua, 1969.
- Constitution of the People's Republic of China, The. Adopted on September 20, 1954 by the First National People's Congress of the People's Republic of China. Pekin: Foreign Languages Press, 1961 (First Edition 1954; Revised Translation 1961), art. 93.
- Adopted on January 17, 1975 by Fourth National People's Congress of the People's Republic of China at its First Session. Foreign Languages Press, Peking 1975, First Edition, 1975, art. 27.
- Adopted on March 5, 1978 by the Fifth National People's Congress of the People's Republic of China at its First Session), art. 50.
- Giddens, Anthony *et al.* (coords.). *Las consecuencias perversas de la modernidad: Modernidad, contingencia y riesgo*. Barcelona: Anthropos, 1996.
- HelpAge International. "Pension coverage in china and the expansion of New Rural Social Pension", *HelpAge Internacional UK*, 2013, 11.
- Huaxia (ed.). "China to allow two children for all couples" [em linha]. *Xinhuanet.com*, 29 de outubro de 2015. <[http://news.xinhuanet.com/english/2015-10/29/c\\_134763645.htm](http://news.xinhuanet.com/english/2015-10/29/c_134763645.htm)> [12 março 2016].
- Leckie, Stuart H. "The People's Republic of China". En Park, Donghyun (ed.). *Pension systems in East and Southeast Asia: Promoting fairness and sustainability*. Philippines: Asian Development Bank, 2012.
- Legge, James. *The Sacred Books of China: The Texts of Confucianism*. s.l: Ullan Press, 2012.
- Müller, Max (ed.) *The Sacred Books of The East*. Vol III, Oxford: The Clarendon Press, 1879.
- Lin, Xiaodong. *Gender, Modernity and Male Migrant Workers in China: Becoming a 'Modern' Man*. London: Routledge, 2013.
- Lixin, Zhu. "New cremation rule shakes old traditions." [em linha]. *Chinadaily.com.cn*, <[http://usa.chinadaily.com.cn/china/201405/29/content\\_17549058.htm](http://usa.chinadaily.com.cn/china/201405/29/content_17549058.htm)> [02 junho 2015].
- Martínez Quinteiro, Maria Esther. "Crisis de a Modernidad y Derechos Humanos". En Wickham, Chris; et al. (coords.) *Las Crisis en La Historia: Sexta Jornadas de Estudios Histórico organizadas por el Departamento de Historia Medieval*,

- Moderna y Contemporánea de la Universidad de Salamanca. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1995.
- National People's Congress of the People's Republic of China, The. Database of Laws and Regulations. [em linha]. <[http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/Integrated\\_index.html](http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/Integrated_index.html)> [20 junio 2015].
- Organización Panamericana de Salud. *Prevención del suicidio: un imperativo global*. Washington DC: OPS, 2014.
- Pension Watch. “Briefings on social protection in older age. Briefing nº 11. Pension coverage in China and the expansion of the New Rural Social Pension” [em linha]. *HelpAge International*, 2013. <<http://www.pension-watch.net/about-social-pensions/about-social-pensions/pension-watch-briefing-series>> [14 abril 2016].
- Shen, Ce, Williamson, John B. *China's new rural pension scheme: can it be improved?*. *International Journal of Sociology and Social Policy*, 2010, 30, 5/6.
- The State Council. “The People's Republic of China. Progress in China’s Human Rights 2014” [em linha]. <[http://english.gov.cn/archive/white\\_paper/2015/06/08/content\\_2814751232023\\_80.htm](http://english.gov.cn/archive/white_paper/2015/06/08/content_2814751232023_80.htm)> [8 junho 2015].
- Wen, Huike. *Television and the Modernization Ideal in 1980s China: Dazzling the Eyes*. Lanham: Lexington Books, 2014.
- World Bank. “World Development Indicators database, Ranking do GDP” [em línea]. <<http://data.worldbank.org/data-catalog/GDP-ranking-table>> [17 abril 2016].
- World Health Organization. *Prevent Suicide*, Geneva: WHO, 1968.
- Xinhua. *China approves landmark law against domestic violence* [em linha]. 28 de diviembre de 2015. <[http://www.china.org.cn/china/2015-12/28/content\\_37406976.htm](http://www.china.org.cn/china/2015-12/28/content_37406976.htm)> [19 abril 2016].
- Yang, Fang (ed.). *First elderly care case heard after law amendment*” [em linha]. 2 de julho de 2013. <[http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-07/02/c\\_132506271.htm](http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-07/02/c_132506271.htm)> [19 abril 2016].
- Zhan, Heying Jenny; Feng, Xiaotian; Luo, Baozhen. “Placing Elderly Parents in Institutions in Urban China: A Reinterpretation of Filial Piety”. *Research on Aging*, 2008, 30, 5.

## *V.7. DERECHO A LA CULTURA*



## O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O INFANTICÍDIO INDÍGENA NO BRASIL: O CASO DAS CRIANÇAS INDÍGENAS COM DEFICIÊNCIA

### THE CONTROL OF CONVENTIONALITY AND THE INDIGENOUS CHILDREN IN BRAZIL: THE CASE OF INDIGENOUS CHILDREN WITH DISABILITIES

Maíra de Paula Barreto

*Centro Universitário Cesumar, Brasil*

Elflay Miranda

*Universidade Estadual de Maringá, Brasil*

**Resumo:** Segundo o Mapa da Violência, publicado em 2015, 96 crianças indígenas foram mortas na Amazônia brasileira, vítimas de uma prática cultural recorrente em algumas tribos indígenas: o infanticídio indígena. Tal prática consiste em eliminar crianças portadoras de deficiência, gêmeos e filhos de mães solteiras, entre outras situações “não desejadas” pela comunidade. O assunto tomou maior relevância na última década, a partir do Projeto de Lei no 1.057, de 2007, que visa combater tal prática, por meio da educação em Direitos Humanos. A partir de então, o Brasil tem sido omissivo, ao não interferir em tal prática, invocando um suposto respeito ao pluralismo jurídico. Tal omissão viola Tratados Internacionais de Direitos Humanos, entre os quais os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em novembro de 2014, os Comitês Internacionais contra a Discriminação da Mulher e dos Direitos da Criança, exararam comentário único instando os Estados a combater as práticas nocivas. Tal comentário é aplicável ao infanticídio indígena e pode ser invocado na realização do controle de convencionalidade. Referido controle, além de ser realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, deve, obrigatoriamente, ser feito por todos os órgãos e juízes nacionais, já que devem conhecer o direito internacional público, para aplicarem as convenções e tornar suas normas efetivas. Entre tais tratados, no Brasil, sublinha-se a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), que possui status de emenda constitucional, e não permite exceções no rol de indivíduos protegidos por seus dispositivos. O Brasil, ao ratificar a CDPD, se comprometeu a combater as práticas nocivas em relação a pessoas com deficiência, como o infanticídio indígena, incluindo não somente as crianças com deficiência em seu rol de proteção, mas, também, os pais que desejam contrariar a prática e criar seus filhos.

**Palavras chave:** Infanticídio indígena; crianças deficientes; controle de convencionalidade.

**Abstract:** According to the Map of Violence, published in 2015, 96 indigenous children were killed in the Brazilian Amazon, victims of a recurring cultural practice in some indigenous tribes: the indigenous infanticide. This practice consists in eliminating disabled children, twins and children of single mothers, among other “undesirable” situations by the community. The subject took greater relevance in the last decade, from the bill n. 1057, 2007, to combat this practice, through education on human rights. Since then, Brazil has been silent, to not interfere with the practice, citing a supposed respect for legal pluralism. This omission violates international human rights treaties, including the International Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights. In November 2014, the International Committees against Women's Discrimination and the Rights of the Child, drafted a joint comment urging States to combat harmful practices. This comment applies to indigenous infanticide and can be invoked in the realization of the conventionality control. That control, besides being conducted by the Inter-American Court of Human Rights, must necessarily be done by all agencies and national judges, since they must know the public international law, to implement the convention and make their standards effective. Among such treaties, in Brazil, there is the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), which has the status

of a constitutional amendment, and does not allow exceptions on the list of individuals protected by their devices. Brazil, by ratifying the CRPD, pledged to combat harmful practices relating to persons with disabilities, as the indigenous infanticide, including not only children with disabilities in its protective role, but also parents who wish to counter the practice and raise their children.

**Keywords:** Indigenous infanticide; disabled children; conventionality control.

## 1. Introdução

Assim como em outras tribos indígenas, faz parte da tradição de algumas tribos brasileiras rejeitarem neonatos ou crianças portadoras de deficiência, gêmeos, filhos de mães solteiras, ou outras situações consideradas indesejáveis pelo grupo. A justificativa para esta exclusão varia desde crenças espirituais, controle de natalidade, ou mesmo, a sobrevivência do grupo, já que uma criança com determinadas limitações imporá grandes dificuldades para sua família. Segundo o líder indígena Eli Ticuna,

O povo considera este fenômeno não comum uma maldição em função da desobediência à regra da tribo, causando dor e desespero. Para apaziguar o deus enfurecido, quem paga as consequências são as crianças, que são sacrificadas sem a mínima noção de dor. As indefesas crianças, na maioria, são enterradas vivas, outras, abandonadas no mato e sufocadas com folhas, assim são banidas da tribo na esperança de acalmar o furor do deus, responsável pelo envio da maldição, para o conforto dos velhos amedrontados<sup>1</sup>.

Em boa parte dos casos conhecidos, o homicídio destas crianças, denominado, erroneamente, de infanticídio<sup>2</sup>, é a forma mais usual de resolver o que pode ser considerado um problema para a comunidade indígena.

O objetivo inicial do artigo não está centrado na questão do infanticídio indígena em si, tampouco sobre a discussão teórico-epistemológica da tradição ou prática cultural, que são melhores sistematizadas a partir de revisão bibliográfica mais aprofundada, nos ramos da antropologia cultural, mais especificamente, da etnologia indígena. De outro modo, buscou-se analisar de que forma a atuação do Brasil, em termos de segurança jurídica e respeito aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tem caminhado no sentido de interferir, ou não, em referida prática.

---

<sup>1</sup> Ticuna, Eli. “Criança indígena e o valor à vida acima da cultura”. En Cantú, Ariadne (coord.). *Criança Indígena: olhar multidisciplinar*. Campo Grande: Editora Alvorada, 2012, p. 55.

<sup>2</sup> Conforme o Código Penal brasileiro, em seu art. 123, para a configuração do infanticídio é necessário o estado puerperal. No caso do homicídio de neonatos ou crianças indígenas, o motivo é cultural. No entanto, a mídia e a literatura passaram a utilizar o termo para o caso das mortes de neonatos ou crianças indígenas ocorridos por fatores culturais.

Destaca-se que o infanticídio indígena enquadra-se na categoria de prática tradicional nociva, tanto pela literatura sobre Direitos Humanos, como pelos Tratados Internacionais. No caso brasileiro, tal prática, ancorada em uma postura passiva, de não interferência do Estado na salvaguarda da vida destas crianças, passou a ser defendida pelo próprio Estado. Por meio de um suposto pluralismo jurídico, há, na verdade, uma relativização – cultural – da vida de infantes indígenas e a consequente violação dos principais tratados de Direitos Humanos, aos quais o país vinculou-se, livre e conscientemente.

Além do controle de convencionalidade, é apresentado, ainda, um debate sobre a proteção integral aos direitos das crianças, bem como, a proibição de tradições ou práticas culturais que relativizem ou não respeitem o mais sagrado e consolidado dos direitos: a vida.

## **2. As práticas tradicionais nocivas frente aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**

No sistema global de proteção aos direitos humanos, há nove comitês, legitimados para interpretar as convenções de direitos humanos, fazer recomendações e tecer comentários, além de supervisionar sua aplicação.

Em 2014, os Comitês para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e o dos Direitos da Criança, exararam comentário geral conjunto sobre as práticas nocivas, definindo e detalhando o que seriam tais práticas, suas formas de prevenção e combate, além das obrigações dos Estados em relação ao assunto. Assim, em relação a uma definição de práticas tradicionais nocivas, tais comitês passaram a entender que:

Las prácticas nocivas son prácticas y formas de conducta persistentes que se fundamentan en la discriminación por razón de sexo, género y edad, entre otras cosas, además de formas múltiples o interrelacionadas de discriminación que a menudo conllevan violencia y causan sufrimientos o daños físicos o psíquicos. El daño que semejantes prácticas ocasionan a las víctimas sobrepasa las consecuencias físicas y mentales inmediatas y a menudo tiene el propósito o el efecto de menoscabar el reconocimiento, disfrute o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las mujeres y los niños. Asimismo, tales prácticas repercuten negativamente en su dignidad, su integridad y desarrollo a nivel físico, psicosocial y moral, su participación, su salud, su educación y su situación económica y social. Por consiguiente, las prácticas se reflejan en el trabajo de ambos Comité.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, de 14 de novembro de 2014. p. 07.

A partir de tal definição, a prática do infanticídio indígena é fundamentada, majoritariamente, em virtude de deficiência, em função de seleção de sexo (geralmente, meninas), sendo, portanto, discriminação de gênero, ou ainda, no caso de gêmeos, a prática é baseada em diferentes visões cosmológicas, dependendo da etnia onde ocorra. Finalmente, no caso das mães solteiras, a genitora não poderia, em tese, cuidar sozinha da criança, e a falta do pai, inviabilizaria sua vida. Assim, se teria, por agrupamento, duas categorias: deficientes e questões de gênero.

Em relação aos critérios para determinar se uma prática é ou não nociva, os Comitês apontam os seguintes:

- a) Constituyen una negación de la dignidad o integridad de la persona y una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en las dos Convenciones; b) Representan una discriminación contra las mujeres o los niños y son nocivas en la medida en que comportan consecuencias negativas para sus destinatarios como personas o como grupos, incluidos daños físicos, psicológicos, económicos y sociales o violencia y limitaciones a su capacidad para participar plenamente en la sociedad y desarrollar todo su potencial; c) Son prácticas tradicionales, emergentes o reemergentes establecidas o mantenidas por unas normas sociales que perpetúan el predominio del sexo masculino y la desigualdad de mujeres y niños, por razón de sexo, género, edad y otros factores interrelacionados; d) A las mujeres y los niños se las imponen familiares, miembros de la comunidad o la sociedad en general, con independencia de que la víctima preste, o pueda prestar, su consentimiento pleno, libre e informado<sup>4</sup>.

Neste sentido, a partir dos critérios estabelecidos pelo referidos comitês, o infanticídio indígena, por se chocar, frontalmente, com a dignidade das crianças indígenas, condenadas à morte, bem como, com o desejo dos seus pais, em cuidar delas, constituem-se em clara e inegável violação de direitos humanos e liberdades fundamentais. Somados a isto, a discriminação, quanto à condição física e mental, a discriminação de gênero, na medida em que há preferência de sexo, e em relação à mãe solteira, considerada incapaz de cuidar de cuidar sozinha da criança, são características mais do que suficientes para considerar o infanticídio indígena uma prática tradicional nociva, a partir dos comentários supracitados.

O mesmo comentário conjunto se pronuncia, especificamente, em relação ao infanticídio:

9. Otras muchas prácticas tipificadas como nocivas están todas *estrechamente relacionadas con papeles asignados a cada género creados por la sociedad* y con sistemas de relaciones

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 08.

de poder patriarcales, y refuerzan dichos papeles y sistemas, y a veces reflejan percepciones negativas o *creencias discriminatorias con respecto a determinados grupos desfavorecidos de mujeres y niños, como por ejemplo personas con discapacidad* o albinas. Entre estas prácticas se incluyen, sin carácter restrictivo, el abandono de las niñas (vinculado al trato y la atención preferentes que se prestan a los niños varones), restricciones dietéticas extremas, incluso durante el embarazo (alimentación forzada, tabúes alimentarios), exámenes de virginidad y prácticas conexas, ataduras, arañazos, marcas con objetos candentes/provocación de marcas tribales, castigo corporal, lapidación, ritos iniciáticos violentos, prácticas relativas a la viudez, acusaciones de brujería, *infanticidio* e incesto<sup>5</sup>. (Grifou-se).

Quanto às obrigações contidas nas convenções supramencionadas, os comitês especificam que ambas contém referências claras ao combate às práticas nocivas, conforme artigos abaixo:

31. Ambas Convenciones contienen referencias específicas a la eliminación de las prácticas nocivas. Los Estados partes en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer *están obligados a prever y aprobar leyes, políticas y medidas adecuadas, y a garantizar que su aplicación responda con eficacia a los obstáculos, barreras y resistencia específicos a la eliminación de la discriminación que dan lugar a las prácticas nocivas y a la violencia contra la mujer (arts. 2 y 3).*(...) Además, *la obligación de los Estados partes de llevar adelante tales políticas específicas es de carácter inmediato y estos no pueden justificar demora alguna por ningún motivo, ni siquiera cultural o religioso.* (...).

32. La Convención sobre los Derechos del Niño, por otra parte, *obliga a los Estados partes a adoptar todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños (art. 24 3).* Además, establece el derecho del niño a ser protegido contra toda forma de violencia, incluida la violencia física, sexual o psicológica (art. 19), y obliga a los Estados partes a garantizar que ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 37 a). *Los cuatro principios generales de la Convención se aplican a la cuestión de las prácticas nocivas, a saber: la protección contra la discriminación (art. 2), la atención al interés superior del niño (art. 3 1), la defensa del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6) y el derecho del niño a ser escuchado (art. 12).* (Grifou-se).

---

<sup>5</sup> *Ibidem.* p. 05.

No entanto, os Comitês não exaram, somente, definições. Eles pontuam, ainda, algumas recomendações, tais como:

- b) Que la legislación cumpla totalmente con las obligaciones pertinentes establecidas en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas internacionales de derechos humanos que prohíben las prácticas nocivas, y que *dicha legislación tenga prioridad sobre las leyes consuetudinarias, tradicionales o religiosas que permiten, consienten o establecen cualquier tipo de prácticas nocivas*, especialmente en países con sistemas jurídicos plurales;
- c) *Que deroguen sin más demora toda la legislación que consiente, permite o propicia las prácticas nocivas*, incluidas las leyes tradicionales, consuetudinarias o religiosas y cualquier legislación que acepte la defensa del ‘honor’ como justificación o circunstancia atenuante en la comisión de delitos por motivos de ‘honor’; (Grifou-se).

Na realidade, acredita-se que, pelo fato de a Convenção sobre os Direitos da Criança ter alcançado grande aceitação, já que 196 países a ratificaram<sup>6</sup>, não há que se falar em dúvida a respeito de princípios e conceitos básicos sobre os direitos da criança e sua proteção integral.

O interesse superior da criança é reafirmado neste comentário, além de exigir que os Estados permitam às crianças e às mulheres expressar suas opiniões e pontos de vista. As vítimas de práticas nocivas, portanto, têm o direito de falar a respeito da violação de seus direitos. Devem, também, ter acesso à justiça. E os que consentem com tais práticas devem prestar contas:

- 53. Siempre deben tenerse en cuenta el interés superior del niño y la protección de los derechos de las niñas y las mujeres, y deben darse las condiciones necesarias que les permitan expresar su punto de vista y garanticen que sus opiniones reciben la atención que les corresponde.
- o) Que las mujeres y los niños sometidos a prácticas nocivas tengan acceso en condiciones de igualdad a la justicia, lo que implica, entre otras cosas, hacer frente a los obstáculos jurídicos y prácticos a la incoación de procedimientos legales, como el plazo de prescripción, y que los autores y quienes facilitan o consienten tales prácticas hayan de rendir cuentas<sup>7</sup>.

Cabe ressaltar que apesar de o recente comentário conjunto ter sido o primeiro específico a respeito do tema das práticas tradicionais nocivas, este já vinha sendo abordado

---

<sup>6</sup> Conforme <http://indicators.ohchr.org> [16 de novembro de 2015].

<sup>7</sup> CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, de 14 de novembro de 2014, pp. 17-19.

em outros comentários gerais redigidos por Comitês do Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos. Menciona-se, por exemplo, a Observação Geral nº 21, de novembro de 2009, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sobre o art. 15, 1, “a”, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual esclarece a respeito de limitações ao direito de participar da vida cultural, bem como sobre a obrigação de os Estados combaterem as práticas nocivas, pelo fato de estas constituírem obstáculos ao pleno gozo dos direitos contidos no art. 15, 1, “a”, do Pacto:

19. En algunas circunstancias puede ser necesario imponer limitaciones al derecho de toda persona a participar en la vida cultural, especialmente en el caso de prácticas negativas, incluso las atribuidas a la costumbre y la tradición, que atentan contra otros derechos humanos. Esas limitaciones deben perseguir un fin legítimo, ser compatibles con la naturaleza de ese derecho y ser estrictamente necesarias para la promoción del bienestar general de una sociedad democrática, de conformidad con el artículo 4 del Pacto.

64. También hay una transgresión de ese artículo cuando un Estado parte no adopta medidas destinadas a luchar contra las prácticas nocivas para el bienestar de una persona o un grupo. Esas prácticas nocivas, incluidas las que se atribuyen a la costumbre y la tradición, como la mutilación genital femenina y las acusaciones de brujería, constituyen obstáculos para el pleno ejercicio por los afectados del derecho consagrado en el párrafo 1 a) del artículo 15<sup>8</sup>.

Finalmente, é a partir destes parâmetros, que se passa a construir um arcabouço analítico que exige a necessidade de um controle de convencionalidade nas decisões jurídicas e administrativas, no tocante às práticas nocivas, ou ao infanticídio indígena, no caso em análise. Não há que se furtar em aplicar a proteção integral à criança indígena, a partir de definições claras sobre práticas nocivas, bem como, a efetivação da proteção integral a partir do controle da aplicação das convenções, ratificadas, livremente pelo país.

## 2.1. Controle de Convencionalidade

O controle de convencionalidade, segundo o internacionalista Valério Mazzuoli, é definido como “a compatibilização vertical das leis com tratados de *direitos humanos* em vigor no país”<sup>9</sup>.

Em relação à sua aplicação, concernente aos casos ocorridos nos países sob a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, frise-se que todos os tratados de

<sup>8</sup> E/C.12/GC/21/Rev.1, de 2 a 20 de novembro de 2009, pp. 6 e 17.

<sup>9</sup> Mazzuoli, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 31.

direitos humanos são normas paradigmáticas, pois integram bloco de convencionalidade. Ainda, de acordo com Valério Mazzuoli:

Destaque-se que todo e qualquer tratado de direitos humanos é paradigma para o controle de convencionalidade, e não somente a Convenção Americana (o que a própria Corte também tem entendido, ao referir-se sempre a “um tratado internacional como a Convenção Americana”). Os direitos previstos em tais tratados, assim, formam aquilo que se pode chamar de “bloco de convencionalidade”, a semelhança do conhecido “bloco de constitucionalidade”; ou seja, formam um corpus juris de direitos humanos e observância obrigatória aos Estados-partes<sup>10</sup>.

Na mesma discussão sobre o bloco de convencionalidade, o juiz interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor, aponta que este é integrado, além das convenções, pela jurisprudência da Corte Interamericana, a qual impõe a todos os magistrados nacionais o dever de aplicar tal bloco, conforme segue:

La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte IDH como un “deber” hacia todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa, en realidad, una especie de “bloque de convencionalidad” mínimo para considerar la aplicabilidad del corpus iuris interamericano y con ello establecer un “estándar” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la competencia contenciosa de dicho Tribunal internacional<sup>11</sup>.

No tocante à aplicação da *res interpretata*, são relevantes os apontamentos Ferrer Mac-Gregor, sobre a necessária capacitação dos magistrados para a aplicação, tanto do direito internacional dos direitos humanos, quanto da jurisprudência da Corte Interamericana:

Esto implicará, también, una intensa capacitación y actualización de los jueces sobre los contenidos del derecho internacional de los derechos humanos y, particularmente, de la jurisprudencia de la Corte IDH, así como del funcionamiento de la nueva técnica interpretativa de las normas relativas a los derechos humanos prevista en la cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional); criterio hermenéutico, por cierto, ‘no disponible’ por el intérprete; es decir, no es ‘optativo’ para el juez, sino que constituye un mandato constitucional obligatorio cuando se trate de interpretar normas de derechos humanos<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> *Ibidem*. pp. 99-100.

<sup>11</sup> Mac-Gregor, Eduardo Ferrer. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. *Estudios Constitucionales*, 2011, 2, pp. 564-565.

<sup>12</sup> *Ibidem*. p. 536.

Assim, resta evidente que o controle de convencionalidade não se trata de uma mera discricionariedade dos magistrados locais, mas de uma obrigação, a qual pode acarretar responsabilidade internacional do Estado, caso não seja cumprida. Conforme a historiadora Maria Esther Martínez Quinteiro, os magistrados devem conhecer o direito internacional público, para aplicarem as convenções e tornar efetivas as normas nelas contidas:

O que podem fazer os advogados e os juízes? Aplicar algo que está sendo pedido pela Comissão Interamericana, com toda razão, no seu próprio organismo: o controle de convencionalidade. Os juízes devem conhecer bem o direito internacional público. Devem ver quais convenções devem cumprir e fazer cumprir. E os advogados devem aprender a recorrer aos organismos internacionais<sup>13</sup>.

O controle de convencionalidade, em sua modalidade difusa, é aquele realizado, em princípio, pelos juízes nacionais, ao aplicarem não somente o *corpus iuris interamericano*, mas todos os tratados de direitos humanos.

Assim, a aplicação do controle de convencionalidade não é uma discricionariedade dos juízes nacionais. Eles estão obrigados a realizá-lo, sob pena de originar responsabilidade internacional para o seus Estados. É o que afirma Claudio Rojas:

Podemos afirmar que lo que sí están obligados a hacer los jueces y todos los funcionarios del Estado es a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado, y que le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente<sup>14</sup>.

Neste sentido, é importante destacar este alcance ampliado, pois deixa claro que atos e decisões administrativas, como é o caso das que são emitidas, principalmente, pela FUNAI, estão também sujeitas ao controle de convencionalidade, bem como os atos do Ministério Público Federal. Não resta dúvida que todas as práticas estatais, não importando de qual órgão se originem, submetem-se ao controle de convencionalidade. E não somente os magistrados e os órgãos do Poder Judiciário estão obrigados a realizá-lo, *ex officio*. Assim, não pode haver atuação estatal, sem que tenha passado pelo crivo do controle de convencionalidade.

Num outro aspecto, tomando-se em consideração somente a população indígena, no que tange à questão do infanticídio, cumprindo o disposto no art. 6º, da Convenção 169 da

<sup>13</sup> Martínez Quinteiro, María Esther. “Projeto “Sexta com Excelência” traz ao STF especialistas em temas atuais”. [em linha]. *Notícias STF*, 10 de julho de 2015. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=295439> [31 de agosto de 2016].

<sup>14</sup> Rojas, Claudio Nash. “Control de Convencionalidad: precisiones conceptuales y desafios a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013, Año XIX, p. 492.

Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre Povos Indígenas e Tribais no sentido de se consultar os povos interessados, se houvesse deliberação contrária ao combate à referida prática, ou contrária a iniciativas legislativas que tenham, como objetivo, a erradicação do infanticídio indígena, tal deliberação não poderia ser admitida pelo Direito Internacional, por violar normas convencionais<sup>15</sup>. Nesta toada, não resta dúvida acerca do descabimento de se invocar o interesse geral do grupo indígena em face do direito à vida das crianças indígenas.

O disposto no art. 8º, nº 2, da mesma Convenção nº 169, da OIT, preleciona, neste sentido, que:

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, *desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos*. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio. (Grifou-se).

Ou seja, a própria Convenção supracitada estabelece limites ao respeito aos costumes e instituições próprias. Portanto, todas as manifestações, contrárias ao estabelecimento de leis e políticas públicas destinadas ao combate às práticas tradicionais nocivas, se aceitas e incorporadas pelo Estado, gerarão responsabilidade internacional.

É relevante a ampliação realizada pela jurisprudência da Corte Interamericana no que tange aos responsáveis por efetuar o controle de convencionalidade. Não são mais somente os juízes, como já dito, anteriormente, mas todos os operadores da justiça são responsáveis por exercê-lo, inclusive o Ministério Público Federal.

Não obstante, quando se configura a inconvenção de norma ou ato, na esfera dos direitos humanos, significa que ela não é compatível com um tratado internacional de direitos humanos. Sendo violatória aos direitos humanos, não podem subsistir e devem ser expurgados do ordenamento jurídico, ou interpretados conforme o tratado em questão, para que possam continuar válidos.

---

<sup>15</sup> Decreto 5.051/2004. Artigo 6º - 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm) [31 de agosto de 2016].

Assim, a interpretação universalista que se pretende dar ao art. 231, da Constituição Federal do Brasil, não visa abolir direitos e garantias individuais dos povos indígenas. Muito pelo contrário. Visa, sim, assegurar às suas crianças que seus direitos e garantias individuais sejam respeitados.

Como exemplo, pode ser citada a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, equivalente à emenda constitucional, que não permite quaisquer exceções no rol de indivíduos protegidos por seus dispositivos. Ainda que se admitisse que a Constituição Brasileira comportasse tais exceções, estas deixariam de existir, por força do poder reformador da Convenção supramencionada. Ora, somente será possível respeitar o desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência (todas, sem exceção, obviamente), bem como, seu direito de preservar sua identidade, se o direito básico à vida for garantido. O artigo 4 – das Obrigações Gerais, é bastante exemplificativo.

Artigo 4 – Obrigações gerais: 1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de *todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência*, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a: b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, *costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência*; (Grifou-se).

O artigo 4º, 1, garante – repita-se – sem exceção, a todas as pessoas com deficiência, o gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. A alínea “b” trata de costumes e práticas, justamente, que constituam discriminação contra as pessoas com deficiência. A prática de enterrar crianças com deficiência, vivas, constitui, indubitavelmente, prática discriminatória. Se há legislação que permite tal prática deve ser revogada. Desta maneira, ainda que se admitisse que o art. 231, da Constituição Federal, permitia a prática discriminatória do infanticídio em relação às crianças com deficiência, tal dispositivo não poderia mais ser admitido, a partir da incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, equivalente a emenda constitucional.

A única forma de permanência do art. 231, da Constituição Federal, é aplicando a ele a hermenêutica universalista dos direitos humanos, conforme se pontua:

Artigo 7 – Crianças com deficiência. 1. Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às *crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais*, em igualdade de oportunidades com as demais crianças. 2. Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, *o superior interesse da criança receberá consideração primordial*. (Grifou-se).

O referido artigo 7º, a respeito das crianças com deficiência, não deixa dúvida acerca da inclusão em seu rol das crianças indígenas, e que o direito à vida e à integridade física estão garantidos a elas, de forma absoluta bem como, os demais direitos humanos e liberdades fundamentais. O número 2, do referido artigo, ressalta o superior interesse da criança. Ou seja, quando houver conflito entre direitos garantidos, supostamente, a grupos, em detrimento do direito individual das crianças, não resta dúvida de que este último prevalece. Não há como se imaginar, ademais, que a morte de uma criança respeite seu interesse superior!

Artigo 8 – Conscientização - 1. Os Estados Partes se comprometem a adotar medidas imediatas, efetivas e apropriadas para: [...] b) *Combater estereótipos, preconceitos e práticas nocivas em relação a pessoas com deficiência*, inclusive aqueles relacionados a sexo e idade, em todas as áreas da vida; (Grifou-se).

Com este artigo, supracitado, o Brasil se comprometeu a combater práticas nocivas em relação a pessoas com deficiência. Como já aludido, anteriormente, o infanticídio indígena é uma prática nociva, não somente em relação às crianças com deficiência, mas, também, em relação aos seus pais, que desejam contrariar a tradição. A Convenção não só proíbe as práticas nocivas, como insta os Estados Partes a combatê-las.

Somente a título de exemplo da reprodução da ideologia relativista, cite-se um trecho de artigo da Subprocuradora Geral da República, Deborah Duprat, também coordenadora do Ministério Público Federal no que pertine às questões indígenas:

Fala-se que alguns grupos indígenas praticam infanticídio, dentre eles os yanomami. Mais uma vez, a questão nuclear é a definição de vida. A mulher yanomami, quando sente que é chegada a hora do parto, vai sozinha para local ermo na floresta, fica de cócoras, e a criança cai ao chão. Nessa hora, ela decide se a pega ao colo ou se a deixa ali. Se a coloca nos braços, dá-se, nesse momento, o nascimento. Se a abandona, não houve, na concepção do grupo, infanticídio, pela singela razão de que a vida não se iniciou. São visões que, goste-se ou não, não podem ser descartadas, sob pena de, em afronta à Constituição e a outros tantos documentos internacionais, se negar qualquer valor às asserções de verdade do outro<sup>16</sup>.

Tal fala demonstra, claramente, a contrariedade da atuação do Ministério Público Federal em relação aos direitos das crianças em situação de risco por práticas tradicionais nocivas, conforme o que explicita o comentário conjunto do CEDAW e CRC sobre práticas tradicionais nocivas:

---

<sup>16</sup> Duprat Macedo de Britto Pereira, Deborah. *O Direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade*. <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/educacao-e-cultura-o-direito-sob-o-marco-da-pluriethnicidade-multiculturalidade> [31 de agosto de 2016].

70. Uno de los retos principales en la eliminación de las prácticas nocivas tiene que ver con la falta de conciencia o capacidad de los profesionales pertinentes, incluidos los profesionales de primera línea, para comprender e identificar correctamente los casos de prácticas nocivas o los riesgos de que estas se produzcan, y para darles una respuesta adecuada. Un enfoque global, holístico y eficaz del desarrollo de la capacidad debe tener como objetivo involucrar a dirigentes influyentes, tales como los dirigentes religiosos y tradicionales, y a tantos grupos profesionales competentes como sea posible, incluidos los trabajadores sociales, de la educación y de la salud, las autoridades de inmigración y asilo, la policía, *los fiscales*, los jueces y los políticos de todos los niveles. Se les debe facilitar información exacta sobre la práctica y las normas de derechos humanos aplicables con miras a promover un cambio en las actitudes y formas de conducta de su grupo y de la comunidad en general. (Grifou-se)<sup>17</sup>.

### 3. Conclusão

Finalmente, resta evidente o descumprimento por parte do Estado brasileiro, em todas as suas esferas, de sua obrigação de realizar o controle de convencionalidade em relação à questão do combate às práticas tradicionais nocivas, especificamente à prática do infanticídio indígena. Percebe-se, aqui, um grande senso de relativismo cultural, disfarçado de pluralismo jurídico, que não leva em consideração um dos principais direitos reconhecidos e positivados mundialmente: o direito à vida, principalmente dos hipossuficientes, como é o caso das crianças indígenas.

### Referências Bibliográficas

Barreto, Maíra de Paula. *O infanticídio indígena no Brasil sob a perspectiva do Controle de Convencionalidade. Enfoque dos Direitos Humanos*. Tese de Doutorado, Universidade de Salamanca, Espanha, 2016.

Duprat Macedo de Britto Pereira, Deborah. *O Direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade*.

<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/educacao-e-cultura-o-direito-sob-o-marco-da-pluriétnicidade-multiculturalidade> [31 de agosto de 2016].

<sup>17</sup> CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, de 14 de novembro de 2014, pp. 23-24.

- Mac-Gregor, Eduardo Ferrer. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. *Estudios Constitucionales*, 2011, 2, pp. 531-622.
- Martínez Quinteiro. María Esther. “Projeto "Sexta com Excelência" traz ao STF especialistas em temas atuais”. [em linha]. *Notícias STF*, 10 de julho de 2015. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=295439> [31 de agosto de 2016].
- Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.
- . *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ONU. “Observación general nº 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”. *E/C.12/GC/21/Rev.1*, 2 a 20 de novembro de 2009. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.21.Rev.1-SPA.doc> [31 de agosto de 2016].
- ONU. “Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta”. *CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18*, 14 de novembro de 2014. <https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/627/81/PDF/N1462781.pdf?OpenElement> [31 de agosto de 2016].
- Rojas, Claudio Nash. “Control de Convencionalidad: precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013, Año XIX, pp. 489-509.
- Ticuna, Eli. “Criança indígena e o valor à vida acima da cultura”. En Cantú, Ariadne (coord.). *Criança Indígena: olhar multidisciplinar*. Campo Grande: Editora Alvorada, 2012, pp. 55-64.

VI. DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN.  
DERECHOS COTIDIANOS



## *VI.1. DERECHOS DE LOS NIÑOS*



**CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA.  
CONHECIMENTO E CUMPRIMENTO\***

**CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD.  
KNOWLEDGE AND COMPLIANCE\***

Sónia de Carvalho  
Dora Resende Alves  
Natércia Durão  
Carla Santos Pereira  
Sérgio Tenreiro Tomás  
Daniela Serra Castilhos  
Daniela Nascimento  
André Pereira Matos  
Olívia de Carvalho

*Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal*

**Resumo:** Os direitos das crianças devem ser conhecidos na 1.<sup>a</sup> pessoa pelas próprias crianças e pelos mais diretos educadores, onde se incluem os pais e os professores.

Em torno desta ideia formou-se um grupo de investigação na Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT), das áreas do Direito, Educação, Psicologia e Estatística, que pretende desenvolver um trabalho cujo principal objetivo é aferir o nível de conhecimento e cumprimento dos direitos das crianças, enquanto destinatárias, do elenco de direitos previstos na Convenção sobre os Direitos da Criança.

O estudo do conhecimento dos direitos pela criança exige uma avaliação da aplicação efetiva da Convenção no ordenamento jurídico que permita apurar se os Estados, envolvidos neste estudo, têm tomado todas as medidas adequadas à consecução deste propósito e, no caso de os resultados do estudo revelarem ser necessário, propor as medidas ajustadas para a prossecução do mesmo.

Como objetivos específicos pretende avaliar-se o conhecimento dos direitos das crianças pelas próprias e pelos seus educadores (pais e professores), com o propósito de formular diretrizes de formação com a ulterior avaliação do seu impacto.

**Palavras-chave:** direitos das crianças; convenção; direito internacional.

**Abstract:** The Rights of the Child are expected to be known by children and educators (parents and teachers) in a comprehensive way.

Based upon this premise, a group of Portucalense University (UPT) scholars from different scientific domains (Law, Education, Psychology and Statistics) has decided to develop a research project to assess children's level of knowledge of their own rights, since they are their main beneficiaries, as a result of the implementation of the 1989 Convention on the Rights of the Child.

The study of the knowledge of children's rights demands an assessment of the effective implementation of the Convention in the legal system, in order to evaluate if the States selected by the study have taken all necessary measures to comply with its international legal commitments and to suggest improvements that are necessary to ensure that compliance.

---

\* Projeto de investigação em curso/ Ongoing research project.

As a specific objective, the project aims at assessing the Rights of the Child's knowledge by children and their educators, in order to offer guidelines designed to train them and later to evaluate its impact.

**Keywords:** children's rights; convention; international law

## 1. Introdução

Os direitos das crianças devem ser conhecidos na 1.<sup>a</sup> pessoa pelas próprias crianças e pelos seus mais diretos educadores.

Em torno desta ideia, formou-se um grupo de investigação na UPT, das áreas do Direito, Educação, Psicologia e Estatística, o qual pretende desenvolver um trabalho para avaliar o nível de conhecimento e cumprimento dos direitos das crianças, enquanto destinatárias, do elenco de direitos previstos na Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), aprovada, em 1989, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

O plano de trabalhos envolve uma parte teórica de análise do estado da arte pela revisão de literatura, embora também focada no estudo dos diplomas internos, internacionais e do direito da União Europeia (UE) atinentes ao tema, e uma parte empírica, na qual a Psicologia e a Estatística alicerçarão o recurso a métodos estatísticos quantitativos adequados através de três questionários direcionados (crianças, professores e pais), os quais permitirão recolher os dados necessários à concretização dos objetivos desta investigação.

O grupo de investigação adota ainda uma dimensão internacional, ao incluir parceiros de trabalho em Angola e no Brasil, no sentido de promover estudos e iniciativas comparáveis.

Os objetivos específicos centram-se em apurar o conhecimento dos direitos das crianças pelas próprias e pelos seus educadores, com o propósito de apontar diretrizes de formação com a ulterior avaliação do seu impacto, bem como gizar recomendações políticas emergentes da análise efetuada no âmbito deste projeto.

Trata-se de um trabalho ainda em progresso, que se pretende divulgar e discutir em palestras públicas, para consolidar métodos e rumos de ação.

## 2. O ponto de partida

Volvidos mais de 25 anos sobre a consagração internacional<sup>1</sup>, permanece a dúvida sobre o efetivo conhecimento e impacto da CDC<sup>2</sup>, aprovada em 20 de novembro de 1989<sup>3</sup>, pela Assembleia Geral da ONU, em Nova Iorque.

Este documento enuncia, ao longo de 54 artigos, um amplo conjunto de direitos fundamentais - os direitos civis e políticos, e também os direitos económicos, sociais e culturais - de todas as crianças, bem como as respetivas disposições para que sejam aplicados.

A par da consagração de princípios orientadores, de onde se destacam a definição de criança, o interesse superior da criança e a não discriminação da criança, o conteúdo da CDC é identificado com a sigla dos 3P (*participation, protection, provision*), ou seja, participação, proteção e sustento<sup>4</sup>.

O direito de participação da criança, plasmado no artigo 12.º, visa assegurar à criança o direito a influenciar os processos de decisão, abrangendo o direito a ser ouvida e o dever de considerar a perspetiva da criança na interpretação e implementação de outros direitos. Este direito está ainda subjacente a um conjunto de direitos civis e políticos reconhecidos às crianças na CDC<sup>5</sup>.

Os direitos consagrados na CDC, no que se refere à proteção, pretendem prevenir todas as formas de violência, abuso, exploração e negligência<sup>6</sup>.

Por último, os direitos no âmbito do sustento incluem o direito à saúde, à educação e à segurança social, entre outros<sup>7</sup>.

A CDC não é apenas uma declaração de princípios gerais, antes o mais completo instrumento de direito internacional de consagração dos direitos da criança. Quando ratificada, representa um vínculo jurídico para os Estados, que devem adequar

---

<sup>1</sup> Ver a menção na Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 289/10 de 27 de novembro de 2014, sobre o 25.º aniversário da Convenção, no Jornal Oficial da União Europeia C 289 de 09.08.2016, pp. 57 a 64, em [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu).

<sup>2</sup> Disponível em <[http://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf)> [12 novembro 2016].

<sup>3</sup> Pela Resolução n.º 44/25, votada por unanimidade. Passados exatos 30 anos da Resolução da 1386 (XIV), de 20 de novembro de 1959, com a Declaração dos Direitos da Criança com apenas 10 princípios. Por isso, o dia é comemorado pela ONU como o Dia Universal da Criança. Porém, a data efetiva de comemoração do Dia Mundial da Criança varia de país para país. Em Portugal, acontece a 1 de junho desde 1950. Disponível em <<http://nacoesunidas.org/calendario/>> [12 novembro 2016].

<sup>4</sup> Cfr. artigos 2.º, 3.º, 9.º, 18.º, 20.º, 21.º, 37.º e 40.º da CDC. Moreira, Vital e Gomes, Carla de Marcelino (coords.). *Compreender os Direitos Humanos, Manual de educação para os direitos humanos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 311-312.

<sup>5</sup> *Ibidem*, cit., pp. 311-312.

<sup>6</sup> Cfr. artigos 16.º, 19.º e 32.º a 40.º.

<sup>7</sup> Cfr. artigos 3.º, 17.º, 18.º, 23.º, 24.º, 28.º, 29.º, 32.º, 39.º, 40.º.

as normas de direito interno às da CDC para a promoção e proteção eficaz dos direitos e liberdades nela consagrados<sup>8</sup>.

Este tratado internacional é um importante instrumento legal devido ao seu carácter universal e também pelo facto de ter sido ratificado pela quase totalidade dos Estados do mundo (192), tornando-o no tratado de direitos humanos mais ratificado<sup>9</sup>. Apenas dois países, os Estados Unidos da América e a Somália, não ratificaram a CDC. A entrada em vigor na ordem internacional aconteceu em 2 de setembro de 1990<sup>10</sup> e, apesar dos muitos progressos conseguidos desde essa data, pelo menos 58 milhões de crianças continuam a não ver os seus direitos respeitados<sup>11</sup>.

Na aceção sufragada na CDC, a (“criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”)<sup>12</sup>, noção também adotada pelas instituições da UE<sup>13</sup>.

As crianças apresentam necessidades que diferem, por exemplo, de acordo com a idade, as capacidades pessoais, o género, a origem étnica e a estrutura da família<sup>14</sup>. Porém, nem sempre o conceito de criança é homogéneo, podendo ir até aos 18 anos de idade, como se referiu; até aos 16 anos<sup>15</sup> ou, especificamente, reportar-se a uma determinada faixa etária, ainda que o Comité da CDC venha sustentando que a CDC

<sup>8</sup> Como referem Moreira, Vital e Gomes, Carla de Marcelino (coords.). *Compreender os Direitos Humanos*, cit. p. 310, a CDC é única, porque é o primeiro tratado universal de direitos humanos que combina num só documento direitos económicos, sociais, culturais, bem como civis e políticos, sendo caracterizada por uma perspetiva abrangente, já que além da declaração de direitos, dirigidos às necessidades de proteção da criança, inclui disposições destinadas a preservar a identidade, autodeterminação e participação da criança.

<sup>9</sup> Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 316/18 de 12 de março de 2015, sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo em 2013 e a política da União Europeia nesta matéria, JOUE C 316 de 30.08.2016, p. 146, § X.

<sup>10</sup> Portugal assinou a Convenção em 26 de janeiro de 1990. A ratificação aconteceu pelos Decreto do Presidente da República n.º 49/1990 e Resolução da Assembleia da República n.º 20/1990, ambos de 12 de setembro, publicados no Diário da República, I Série, n.º 211, pp. 3738(2) a (20). Entrou em vigor em 21 de outubro de 1990.

<sup>11</sup> Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 316/21 de 12 de março de 2015, sobre as prioridades da UE para o Conselho dos Direitos do Homem da ONU em 2015, JOUE C 316 de 30.08.2016, p. 183, § 40.

<sup>12</sup> Moreira, Vital e Gomes, Carla de Marcelino (coords.). *Compreender os Direitos Humanos*, cit. p.311. Os casos de emancipação (ver os artigos 130.º, 132.º e 1612.º do Código Civil português) ou os casos de alguns países no mundo em que a legislação fixa a maioridade antes dos 18 anos, como Timor Leste aos 17 anos, Cuba aos 16 anos ou o Irão aos 15 anos para os rapazes e 9 para as raparigas. Por outro lado a idade, no mesmo ordenamento jurídico, pode variar para efeitos de proteção legal, onde se incluiu o trabalho de menores, autodeterminação sexual e responsabilidade penal e civil.

<sup>13</sup> Comunicação da Comissão – Rumo a uma estratégia da UE sobre os direitos da criança de 04.07.2006, documento COM (2006) 367 final, p. 2.

<sup>14</sup> Parecer do Comité das Regiões “Para uma estratégia europeia dos direitos da criança”, 2007/C 146/08, JOUE C 146 de 30.06.2007, p. 58, § 1.10.

<sup>15</sup> Lopes, Manuela Batista. “Enquadramento jurídico-normativo dos direitos da criança em Portugal”. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 2014, vol. 90, n.º. 1, pp. 331-354.

obriga os Estados a reverem as suas disposições nacionais referente à maioria de forma coerente<sup>16</sup>.

A importância desta temática é justificada pelo facto de as crianças constituírem metade da população nos países em desenvolvimento, vivendo na UE cerca de 100 milhões de crianças<sup>17</sup>.

No *site* da *Internet* do Provedor de Justiça português existe uma página<sup>18</sup> direccionada e com conteúdos para as próprias crianças onde, de forma simples e interativa, são explicados os seus direitos.

A utilização de linguagem acessível e adequada para cada faixa etária tem estado presente, dado o seu carácter essencial para melhor informar as crianças, no seguimento das orientações da UE<sup>19</sup>.

Por esse motivo, o texto dos questionários dirigidos às crianças e aos adultos que pretendemos elaborar terá de ser substancialmente diferente.

A protecção da criança a nível mundial e, especificamente, a nível da UE<sup>20</sup>, tem sido, progressivamente, alvo de discussão e intervenção por parte dos vários agentes políticos e entidades governativas, estando na origem de algumas medidas e estratégias de atuação eficazes, no sentido da garantia da protecção da criança, enquanto “um bem raro” que urge proteger<sup>21</sup>.

A relevância dada à criança e à infância é uma das áreas da vida social em que se tem feito sentir maior evolução no decorrer dos séculos, pese embora ainda muito haja a fazer.

A sua protecção, através de declarações de direitos e textos internacionais, malgrado representar apenas o primeiro passo na sua efetivação no mundo, é vital, levando a que, de modo gradual, os poderes legislativos e políticos tenham que inscrever, nas suas agendas, planos de concretização de medidas eficazes e ajustadas às necessidades de todas as crianças.

---

<sup>16</sup> Para o contexto das Conclusões do Conselho 2015/C 417/09 sobre a promoção das competências motoras e das atividades físicas e desportivas das crianças, JOUE C 417 de 15.12.2015, pp. 46 a 51, a palavra “criança” refere-se a crianças entre os 0 e os 12 anos, por exemplo.

<sup>17</sup> Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 289/10, cit., p. 59, § M.

<sup>18</sup> Disponível em <<http://criancas.provedor-jus.pt/index.php>> [ 12 novembro 2016]

<sup>19</sup> A divulgação de informação sobre direitos da criança, de forma convivial para crianças, é aliás, um objetivo assumido pela Comissão Europeia. Comunicação da Comissão, documento COM (2006) 367 final, cit., p. 11.

<sup>20</sup> Veja-se, por exemplo, a diminuta relevância que é dada a esta matéria em Comunicação da Comissão relativa ao crescimento até 2020, de 03.03.2010, documento COM (2010) 2020 final.

<sup>21</sup> Jornal *Público* de 14 de março de 2015, p. 3

A UE despertou também para esta temática, começando os seus textos legislativos a comprometerem-se com a proteção dos direitos da criança.

Como reconhecido pela Comissão:

verifica-se que os direitos da criança estão ainda longe de serem respeitados de forma generalizada e continua a não ser dada uma resposta às necessidades básicas de todas as crianças sem exceção. A União Europeia pode assegurar um valor acrescentado essencial e fundamental no domínio dos direitos da criança. (...) Dispõe do peso e da legitimidade necessários neste domínio para assegurar que os direitos da criança passem para o primeiro plano a nível internacional e pode servir-se da sua presença e influência à escala mundial para promover de forma eficaz, em todo o mundo e em cada país, os direitos humanos universais, nomeadamente no que diz respeito às crianças<sup>22</sup>.

Por isso, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) dedica o artigo 24.º aos direitos da criança, assim reconhecendo à criança um estatuto de cidadania social, resultante da recente consciência das características e especificidades da infância<sup>23</sup>.

A criança, na CDFUE, surge como titular de direitos específicos, ou seja, de que só as crianças são titulares, uma abordagem na qual a criança é (“sujeito igual e privilegiado”)<sup>24</sup>.

Assiste-se, ainda, à cada vez maior relevância das violações dos direitos humanos no diálogo político, a todos os níveis, como um avanço a registar<sup>25</sup>.

### 3. O projeto traçado

Os direitos da criança são hoje uma questão horizontal, transversal e multidimensional que, para vários organismos internacionais, deve estar integrada em todas as políticas aos vários níveis de decisão<sup>26</sup>.

Há menções nos planos de ação da UE que focam a proteção e a promoção dos direitos fundamentais como intenção prioritária<sup>27</sup>, todavia, não encontramos (ainda) no

---

<sup>22</sup> Comunicação da Comissão de 04.07.2006, documento COM (2006) 367 final, p. 6.

<sup>23</sup> Martins, Rosa Cândido. “Anotação ao art. 24º”. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 298.

<sup>24</sup> Martins, Rosa Cândido. “Anotação ao art. 24º”. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 299.

<sup>25</sup> Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 316/18 de 12 de março de 2015, cit., p. 150, § 38.

<sup>26</sup> Parecer do Comité das Regiões, 2010/C 267/10, JOUE C 267 de 01.10.2010, p. 47, § 2.

<sup>27</sup> Programa de Estocolmo 2010/C 115/01, JOUE C 115 de 04.05.2010, pp. 1 a 38, e Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Europeia (1997), A4-0468/1998, § 63.

direito primário da UE um grande desenvolvimento na proteção dos direitos da criança, pese embora o objetivo esteja presente e seja mencionado, de forma crescente, no direito derivado<sup>28</sup>, em documentos sobre mais diversas matérias<sup>29</sup> e com projetos que assumem esta vertente<sup>30</sup>.

Assim, porque os direitos da criança - tais como o princípio do superior interesse da criança, do seu direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, à não discriminação, e o respeito do seu direito a exprimir uma opinião - têm repercussões em todas as políticas da UE<sup>31</sup>, são observáveis progressos significativos na UE nesta área ao longo dos anos, com o desenvolvimento de políticas e programas concretos no domínio dos direitos das crianças, acompanhando as diferentes bases jurídicas existentes, embora se mantenha a preocupação de eficácia numa Europa que sofre importantes transformações económicas, políticas, ambientais e sociais face às quais as crianças se encontram em maior grau de fragilidade comparativamente à população no seu conjunto<sup>32</sup>.

#### 4. Objetivos específicos

Verificam-se progressos significativos em vários domínios legislativos, mas é ainda necessário ter em atenção que os menores são, antes de mais, crianças cujos direitos devem ser respeitados sem discriminação, independentemente da origem étnica, nacionalidade ou estatuto social, de migrante ou residente que elas ou os seus pais

---

<sup>28</sup> Nomeadamente, e tal como reconhecido no artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, assume-se a necessidade da audição da criança no Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27 de novembro de 2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, JOUE L 338 de 23.12.2003, p. 1. Alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2116/2004 do Conselho de 2 de dezembro de 2004 que altera o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, em relação aos tratados com a Santa Sé, JOUE L 367 de 14.12.2004. Já com a Proposta de Regulamento do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 no que diz respeito à competência e introduz regras relativas à lei aplicável em matéria matrimonial (apresentada pela Comissão), SEC(2006) 949 e 950, COM (2006) 399 final de 17.07.2006.

<sup>29</sup> Veja-se a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões com o Programa da UE em matéria de justiça para 2020: reforçar a confiança, a mobilidade e o crescimento na União de 11.03.2014, documento COM (2014) 144 final, p. 6.

<sup>30</sup> Como é o caso do “Programa “Justiça” para o período 2014 a 2020” que (“deverá apoiar a proteção dos direitos da criança, incluindo o direito a julgamento equitativo, o direito à compreensão do processo, o direito ao respeito pela vida privada e familiar e o direito à integridade e dignidade. O Programa deverá visar, em especial, o reforço da proteção da criança nos sistemas de justiça e o acesso das crianças à justiça, e deverá integrar a promoção dos direitos da criança na execução de todas as suas ações”). Cfr. Regulamento (UE) n.º 1382/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de dezembro de 2013 que cria o Programa “Justiça” para o período 2014 a 2020, JOUE L 354 de 28.12.2013, p. 74, § 12.

<sup>31</sup> Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 289/10, cit., p. 59, § E.

<sup>32</sup> Regulamento (UE) n.º 1382/2013, cit., pp. 5 e 7.

possam ter<sup>33</sup> e aí cabe uma intervenção direcionada, de que a UPT pretende ser parte atuante.

É relevante apurar o real conhecimento pela população, em especial das próprias crianças e seus pais ou educadores, do conteúdo deste documento, razão pela qual surgiu a intenção de obter a percepção do nível efetivo do conhecimento da CDC por quem educa, e, sendo este insuficiente, atuar na sociedade civil, através de ações de formação concretas e direcionadas.

Com efeito, o fornecimento adequado de informações acessíveis às crianças e aos pais a respeito dos respetivos direitos consagrados na legislação internacional e da UE é um requisito prévio para defesa desses direitos<sup>34</sup>.

Após definição do grupo de trabalho, tornou-se necessário decidir por onde iniciar a pesquisa e quais os procedimentos a utilizar para concluir a recolha dos dados que serão a base do estudo.

Metodologicamente, optou-se por uma abordagem quantitativa, onde os dados serão recolhidos pelo método de inquérito por questionário (três questionários direcionados: crianças, professores e pais ou substitutos) complementada por métodos qualitativos. Nesse sentido, os três questionários foram elaborados em função dos objetivos da investigação, tendo para tal usado predominantemente questões fechadas, para permitir respostas padronizadas suscetíveis de comparação com outras, bem como tornar mais fácil a recolha e posterior tratamento da informação.

Assim, tendo presente o conceito de criança, foi decidido orientar o projeto para o 3.º ciclo do Ensino Básico (ensino público e privado) e na faixa dos 12-18 anos de idade. Isto porque, para além do grau de compreensão não ser uniforme nos anteriores ciclos de estudo, decidiu adaptar-se o questionário de Souza (2012) intitulado “Inventário de Auto-Relato sobre Direitos de Adolescentes”<sup>35</sup>.

Relativamente aos questionários a aplicar aos professores e pais, estes foram construídos de raiz pelo grupo.

De salientar ainda que a construção de todos os questionários teve como principal propósito aferir o nível de conhecimento do conteúdo da CDC.

---

<sup>33</sup> Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 289/10, cit., p. 60, § Q.

<sup>34</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões com o Programa da UE para os direitos da criança de 15.02.2011, documento COM (2011) 60 final, p. 7.

<sup>35</sup> Lazzaretti, Ana Paula. *Avaliação de um Programa de Educação em Direitos Humanos e Promoção de Participação Social para Adolescentes – Juventude em Cena*, Tese de Doutoramento, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.

No prosseguimento do estudo, os dados resultantes dos questionários serão tratados e analisados do ponto de vista descritivo e exploratório, usando técnicas estatísticas univariadas e multivariadas com recurso ao *software* estatístico IBM SPSS (*Statistical Package for the Social Sciences*), e, numa fase posterior, complementar esta metodologia com uma abordagem qualitativa.

Numa segunda fase, será analisado o enquadramento jurídico-normativo dos direitos da criança, o qual, no caso português, revela que o legislador promove a proteção das crianças, através dos direitos e deveres dos pais, em detrimento da atribuição de direitos às crianças, reforçando, deste modo, que o nível de conhecimento dos direitos das crianças pelos pais e professores seja objeto de estudo<sup>36</sup>.

O estudo do conhecimento de direitos pela criança exige uma avaliação da aplicação efetiva da Convenção no ordenamento jurídico, que permita apurar se o Estado tem tomado todas as medidas necessárias à consecução deste propósito e sugerir as que se mostrem necessárias.

Este projeto estará igualmente alicerçado no estado da arte, resultante da revisão de literatura.

## **Conclusões**

As crianças constituem um grupo social especialmente vulnerável. Nesse sentido, o direito tem vindo a desenvolver-se na direção do reforço da sua proteção através de um conjunto de instrumentos legais regionais, nacionais e internacionais.

Um dos exemplos de maior divulgação internacional e força sobre os Estados da comunidade internacional é a CDC, de 1989.

A adesão da maioria dos seus membros a este documento não significa, contudo, que ele seja conhecido e devidamente implementado.

É com base nestas premissas que o projeto descrito ao longo das últimas páginas se constrói. Sendo um trabalho em desenvolvimento, foi objetivo desta exposição apresentar algumas informações sobre a temática que justificam a pesquisa e, ao mesmo tempo, divulgar perante a comunidade científica os pressupostos da investigação sobre os quais ele se desenvolverá.

---

<sup>36</sup> Alexandrino, José de Melo. “Os Direitos das Crianças”. *Revista da Ordem dos Advogados*, 2008, Ano 68, pp. 258-286.

O presente artigo expôs, de forma sucinta, algumas ideias sobre a temática em análise e uma proposta inicial do desenho da investigação que está a ser construído e seguido para alcançar estes objetivos.

Uma das atividades centrais do trabalho será a utilização de questionários que averiguarão o conhecimento e a implementação dos referidos direitos por quem atua junto deste grupo e dos seus próprios destinatários. Para tal, serão utilizados essencialmente métodos quantitativos, complementados com uma abordagem qualitativa. Quando combinados, os vários métodos e os instrumentos que utilizam para conhecer a realidade conseguir-se-á, de forma mais completa, compreender um assunto delicado e complexo, cuja apreensão intelectual necessita desta combinação.

Naturalmente, a equipa transdisciplinar que vai contribuindo para o avanço do trabalho acolherá e ponderará as críticas realizadas ao projeto por forma a melhorá-lo continuamente. Investigadores que tragam valor acrescentado ao projeto serão igualmente bem-vindos.

No âmbito desta investigação, espera-se, assim, fomentar o avanço do conhecimento científico sobre a perceção e o cumprimento dos direitos das crianças e, tão breve quanto possível, divulga-lo junto da academia e de *stakeholders* relevantes – decisores políticos, educadores e sociedade civil em geral. Só desta forma se conseguirá construir um diálogo que ultrapasse a acumulação de conhecimentos teóricos e contribuir, efetivamente, para melhorar a realidade da qual o trabalho científico não deve alhear-se.

### **Referências Bibliográficas**

Atente-se que as referências bibliográficas são, neste momento, o resultado de uma pesquisa e revisão da literatura ainda parciais, dada a fase embrionária desta investigação.

Alen, André *et al.* *A Commentary on the United Nations Convention on the rights of the Child*. Boston/Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

Alexandrino, José de Melo. “Os Direitos das Crianças”. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, 2008, pp. 275-309.

Alves, Dora Resende e Castilhos, Daniela Serra. “Surgimento e afirmação dos textos europeus de defesa dos direitos das crianças”. Miranda, Jorge *et. al.* (coords.). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasil: Editora Juruá, Curitiba, 2016, p. 441.

- Bifulco, Raffaele *et al* (coord). *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bologna: Società Editricie il Mulino, 2001.
- Guerra, Paulo (coord.). *I Congresso de Direito da Família e das Crianças*. Coimbra: Almedina, 2016.
- Guerra, Paulo e Bolieiro, Helena, *A Criança e a Família: Uma Questão de Direito(s) - Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*. 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- Guerra, Paulo e Furtado, Leonor. *O Novo Direito das Crianças e Jovens - Um Recomeço*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2001.
- Lopes, Manuela Batista. “Enquadramento jurídico-normativo dos direitos da criança em Portugal”. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 2014, Vol. XC, Tomo I, pp. 331 a 354.
- Milanezi, Fabricia Maria. *Direitos humanos das crianças e dos adolescentes e as políticas públicas no Brasil: de Fernando Henrique a Lula*. Tese de Doutoramento, Universidad de Salamanca, 2015.
- Moreira, Vital e Gomes, Carla de Marcelino (coord.). *Compreender os Direitos Humanos, Manual de educação para os direito humanos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- Silveira, Alessandra e Canotilho, Mariana (coord). *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.
- Souza, Ana Paula Lazzaretti de. *Avaliação de um Programa de Educação em Direitos Humanos e Promoção de Participação Social para Adolescentes – Juventude em Cena*, Tese de Doutoramento, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.



## A CRIANÇA CIDADÃ - UMA UTOPIA

### THE CHILD CITIZEN - A UTOPIA

Maria João Veloso

*Instituto da Criança na Cidade*

Ricardo Dias

*UTAD- Universidade Trás os Montes e Alto Douro*

Andreia Ramos

*UTAD- Universidade Trás os Montes e Alto Douro*

Maria Manuela Veloso Correia

*Instituto a Criança na Cidade*

**Resumo:** A presente comunicação pretende levar ao plano de discussão e reflexão o significado de criança enquanto cidadã. Após 27 anos da Convenção dos Direitos da Criança, formato que acrescentou uma nova dimensão ao texto da Declaração, ressaltando o direito da criança à tomada de decisão e à liberdade de opinião, a sua voz passaria a ser escutada. Um passo no reconhecimento da capacidade de participação da criança, que a eleva à visibilidade, no palco do espaço público, enquanto dimensão social. Estarão lançados os alicerces que permitem denominar século XXI como o século da criança-cidadã?.

**Palavras-chave:** Criança Cidadã, Direitos da Criança, Direitos Humanos, Utopia.

**Abstract:** The aim of this Communication is to take of the discussion and reflection plan the child's meaning as a citizen. After 27 years of the Rights of the Child Convention, document that added a new dimension to the text of the Declaration highlighting the child's right to decision-making and freedom of opinion, his voice would be heard. Will they be thrown the foundations that allow to denominate century XXI as the child-citizen's century?.

**Keywords:** Child Citizen, Rights of the Child, Human Rights, Utopia.

Permanecem longos séculos surdos e cegos no que concerne ao conceito de infância, como refere Ariés “consciência da particularidade infantil que distingue essencialmente a criança do adulto”<sup>1</sup> era desconhecida na idade média (século V – XV) “por essa razão assim que a criança tinha condições de viver sem a solicitude constante da sua mãe ou da sua ama, ingressava na sociedade dos adultos não se distinguindo mais destes”. Se nos direcionarmos à etimologia da palavra infância rapidamente identificamos a realidade da época

...a definição da palavra infância, oriunda do latim *infantia*, significa ‘incapacidade de falar’. Considerava-se que a criança, antes dos 7 anos de idade, não tinha condições de falar, de expressar seus pensamentos, seus

---

<sup>1</sup> Ariés, Philippe. *História social da criança e da família*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: LCT, 2006, p. 99.

sentimentos. Desde a sua gênese, a palavra infância carregava consigo o estigma da incapacidade, da incompletude perante os mais experientes, regulando-lhes uma condição subalterna diante dos membros adultos. Era um ser anônimo, sem um espaço determinado na sociedade<sup>2</sup>.

A criança era observada como ser produtivo que a partir dos 7 anos acompanhava o adulto nas suas atividades, sem que existisse diferença a não ser na estatura. O próprio vestuário não fazia distinção entre a criança e o adulto, mencionado por Philippe Ariés

Assim que a criança deixava os cueiros, ou seja, a faixa de tecido que era enrolada em torno de seu corpo, ela era vestida como os outros homens e mulheres de sua condição. [...] a Idade Média vestia indiferentemente todas as classes de idade, preocupando-se apenas em manter visíveis através da roupa os degraus da hierarquia social. Nada, no traje medieval, separava a criança do adulto<sup>3</sup>.

A escolarização era realizada em simultâneo para e com crianças e adultos não se considerando a particularidade da criança. Os valores morais eram ausentes no seio da família, a presença de gestos e práticas obscenas por parte dos adultos na presença das crianças eram consideradas normais, fato que cumulativamente a outros salientavam a desvalorização da criança.

... Os adultos relacionam-se com crianças sem discriminações, falavam vulgaridades, realizavam brincadeiras grosseiras, todos os tipos de assuntos eram discutidos na sua frente, inclusive a participação em jogos sexuais. Isto ocorria por que não acreditavam na existência da inocência pueril, ou na diferença de características entre adultos e crianças (...) no mundo das fórmulas românticas, até o século XIII, não existem crianças caracterizadas por uma expressão particular, e sim homens em tamanho reduzido...<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Cordeiro, Sandro da Silva e Coelho, Maria das Graças Pinto. *Descortinando o coceito de Infância na história: do passado á contemporaneidade* [em linha]. Porto, Junho 2007, p. 884. <[http://www.faced.uf.br/colulhe06/anais/arquivo/76SandroSilvaCordeiro\\_MariaPintoCoelho.pdf](http://www.faced.uf.br/colulhe06/anais/arquivo/76SandroSilvaCordeiro_MariaPintoCoelho.pdf)> [30 agosto 2016]

<sup>3</sup> Ariés, Philippe. *História social ...*, p. 32.

<sup>4</sup> Mencionado por Ariés, e citado por Rocha, Rita de Cássia Luiz da. *A história da infância: reflexos acerca de algumas concepções correntes*. Paraná: Editora Unicentro, pp. 20-55.

De salientar ainda como fato de desvalorização deste período “infância”, a tolerância ao infanticídio, referenciado por Henning e Kruse “Perdi dois ou três filhos, não sem tristeza, mas sem desespero”<sup>5</sup>. Como por Ariés “Se ela morresse então, como muitas vezes acontecia, alguns podiam ficar desolados, mas em regra geral não faziam muito caso, pois outra criança logo a substituiria. A criança não chegava a sair de uma espécie de anonimato”<sup>6</sup>. A própria pintura e escultura não fazia grande realço à imagem da criança. Quando o fazia utilizava uma representação, uma imagem que retratava um adulto musculados em miniatura.

É a na idade moderna (século XV-XVIII) que iniciam um processo significativo de alterações no estatuto da criança em relação ao do adulto. Contudo, um período demarcado pelo poder absoluto da figura paterna descorando-se o ser humano, sujeito de direitos e agente social. Posição evidenciada através de Néraudau

Quando, no momento do nascimento de uma criança, a parteira- informa se é rapaz ou rapariga e se nasceu viável, o pai deve fazer um gesto para aceitá-lo na família; se está ausente pode ter deixado ordens para que se lhe conserve ou se lhe tire a vida. Acriança está no chão, ele deve pegar nela, por baixo, e elevá-la nos seus braços(...) Assim o pai, ao elevar a criança, admite-a no mundo e compromete-se a educa-la “A educação era uma obrigatoriedade”, obrigava os pais a educar todos os rapazes e a primeira filha a vir ao mundo, mas admitia uma exceção para os recém-nascidos disformes ou monstruosos. Esses deviam ser mortos depois de terem sido examinados por cinco vizinhos<sup>7</sup>.

O mesmo discurso é mencionado por Lloyd deMause “Em princípios do século XVII, o poder legal de um pai sobre a família era quase absoluto (...) Numa revisão das leis penais, feita em 1611, enumera-se as condições em que um pai tem o direito de matar um filho ou uma filha”<sup>8</sup>. *O direito permaneceu fora do alcance a criança, inserindo-se no grupo de seres humanos considerados sem capacidade de pensamento racional, fato considerado primordial para o exercício do direito. A declaração dos*

---

<sup>5</sup> Henning, Arend; Kruse, Karl. *Der Skepticismus Montaigne's Und Seine Geschichtliche Stellung, Und Die Pädagogischen Meinungen Des Michel Montaigne (1881)*. Whitefish, Montana: Kessinger Publishing LLC, 2010, p. 157.

<sup>6</sup> Ariés, Philippe. *História social ...*, p. 10.

<sup>7</sup> Néraudau, Jean-Pierre. *Être enfant à Rome*. Paris: Payot, 1996, pp. 210, 436.

<sup>8</sup> deMause, Lloyd. *The history of childhood, the untold story of child abuse*. London: Bellew Publishing, 1974, p. 317.

direitos do homem e do cidadão, de 1789, é reflexo da distinção feita entre grupos, respetivamente, direitos dos homens e direitos dos cidadãos como referencia

... o estabelecimento desta diferença, teórica e politicamente baseada na ideia de que os direitos dos cidadãos eram os direitos das pessoas enquanto titulares da esfera pública, permitiu dizer que os direitos civis não tinham de ser estendidos aqueles que se supunham não constituírem partes da esfera pública, os trabalhadores, as mulheres, os jovens e por ai adiante<sup>9</sup>.

No entanto, o século XVIII foi um período importante no despertar para a infância, resultante da tomada de consciência das necessidades específicas da criança ao nível da sobrevivência, educação e proteção. Fato marcado pela obra de Rousseau, precursor da psicologia infantil, tendo sido decisiva na renúncia da indiferença para com a criança. A criança não deveria ser observada à escala do adulto, como refere Rousseau<sup>10</sup>.

A humanidade tem o seu lugar na ordem das coisas. E a infância tem o seu na ordem da vida humana<sup>11</sup> (...) a natureza quer que as crianças sejam crianças antes de serem homens (...) se quisermos perverter essa ordem, produziremos frutos temporões, que não estarão maduros e nem terão sabor, e não tardarão em se corromper, teremos jovens doutores e velhas crianças<sup>12</sup>.

As doutrinas de Rousseau viriam a demarcar uma nova mentalidade pedagógica, marcando a segunda década do século XIX pelo movimento da educação nova. Referenciado por Planchard como precursor da Educação Nova, “tanto pela sua filosofia naturalista como pelas suas intuições quanto à psicologia evolutiva, sobre a diferença qualitativa entre o adulto e a criança”<sup>13</sup>. A criança deixava de estar no anonimato e perdia o estatuto de ser substituível, não era mais um adulto em miniatura passava a ter um lugar central na família. Ariés menciona o início desta nova visão quando refere que,

A família começou então a se organizar em torno da criança e a lhe dar uma tal importância, que a criança saiu de seu antigo anonimato, que se tornou

---

<sup>9</sup>Silva, A.S. "A actualidade dos Direitos Humanos e a Educação para a Cidadania". In Amaro, Gertrudes (coord.). *Educação para os direitos humanos: actas do encontro internacional*. Lisboa: IIE, 2002, p. 28.

<sup>10</sup> Rousseau J.J. *Emílio ou Ela Educação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 69.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 15,86,141.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>13</sup> Planchard, Emile. *A pedagogia escolar contemporânea*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora Lda, 1960, p. 358.

impossível perde-la ou substituí-la sem uma enorme dor, que ela não pode mais ser reproduzida muitas vezes, e que se tornou necessário limitar seu número para melhor cuidar dela<sup>14</sup>.

Projetos públicos do Estado inseriam agora a família e a criança. A escola passou a ser uma obrigação do Estado, deixando para trás o ensinamento espontâneo feito pelos adultos que conviviam com a criança. A Criança agora não estava somente à mercê da atenção da família como também se assumia a sua particularidade na escola, passou-se a considerar a idade e os conteúdos da aprendizagem na relação com esta. A escola assumia-se como um instrumento de preparação do futuro adulto que teria brevemente de assumir e dar continuidade aos negócios da família. Fatores como o capitalismo comercial, a formação de uma classe média, bem como, toda a documentação teórico-pedagógica estiveram na origem da necessidade de introduzir uma educação formal continuada. Mas a opressão a este grupo minoritário era evidente, a escravidão da liberdade permanecia enclausurada nas regras que a sociedade impunha. As crianças eram expostas, a um desgaste físico e mental a que eram submetidas num intenso período de estudo. O medo fazia parte das suas vidas, pelo receio de castigos que poderiam resultar de não demonstrarem ser seres prodígios.

Se a vida em comum com os adultos antes da Revolução Industrial, tratava a criança com descaso, agora, o seu valor enquanto geração de braços para indústrias e cabeças para o comando, lhe traz o exílio de seu tempo viver a infância passa ser um período dominado por modelos de preparação para ser o futuro adulto. A criança como tal, com identidade específica, continua desrespeitada e desumanizada<sup>15</sup>.

Uma privação do direito de ser criança, impondo-se a negação ao direito de liberdade subjugado ao medo, uma educação baseada no castigo. Conforme Meyer citado por Redin

A escola não é um modo de formação entre outro, ela é concebida no conjunto como o primeiro, e finalmente como único. Seus horários ocupam todos os dias das crianças, seus programas adiantam seus conhecimentos indiretos em detrimento da experiência, restrita ao ensino profissional, sua disciplina refine

---

<sup>14</sup> Ariés, Philippe. *História social ...*, p. 11.

<sup>15</sup> Cordeiro, Sandro da Silva e Coelho, Maria das Graças Pinto. *Descortinando o cocceito de Infância na história...*, p.885.

um saber-ser-criança feito de passividade, de obediência sega numa pedagogia de intimidação<sup>16</sup>.

Mas, esta nova visão, mesmo esvaziada de respeito pelo ser humano, não se estendia a todas as classes sociais, conforme nos retrata Ariés citado por Redin

Essa evolução da família medieval para a família do século XVII e para a família moderna, durante muito tempo se limitou aos nobres, aos burgueses, aos artesãos, e aos lavradores ricos. Ainda no início do século XIX, uma grande parte da população, a mais pobre e a mais numerosa vivia como as famílias medievais, com as crianças afastadas das casas dos pais<sup>17</sup>.

Mais preocupante é afirmar que hoje, pleno século XXI, temos crianças privadas das condições básicas de sobrevivência, apesar de tantos programas políticos de combate a este descaso social. Contudo o século XIX foi palco de um grande avanço no que diz respeito à infância. Num contexto de transformações sociais, económicas e políticas, originárias da revolução industrial, bem como o aprofundar do conhecimento com a organização das diversas ciências, nomeadamente a pediatria, psicologia infantil e a pedagogia. Emergindo assim, a construção social desta nova consciência de infância que separa definitivamente a criança relativamente ao adulto, assumindo a infância como um grupo social com necessidades específicas.

Com a consolidação do protótipo de família em fins do século XIX, a responsabilidade dos genitores passou a assegurar mais responsabilidade com o bem-estar da criança, garantindo os direitos que lhes assistem e maiores cuidados físicos. A noção de infância, agora, passa pelo crivo dos conceitos técnicos e científicos. Essa análise é respaldada e analisada á luz da Psicologia da Sociologia, da Medicina, entre outros campos do saber, passando a emitir um parecer científico a respeito dessa fase da vida humana, adquirindo estas constatações uma maior respeitabilidade frente à sociedade<sup>18</sup>.

Assume-se o conceito de infância como uma categoria social, como salienta Monteiro citando deMause, “foi no século XIX que os poderes públicos começaram a

---

<sup>16</sup> Redin, Euclides. *O espaço e o tempo da Criança: se der tempo a gente brinca*. Porto Alegre: Editora Mediação, 1998, p. 18.

<sup>17</sup> *Ibibem*, p. 17.

<sup>18</sup> Cordeiro, Sandro da Silva e Coelho, Maria das Graças Pinto. *Descortinando o coceito de Infância na história...*, p. 885.

pensar nas crianças como tais, com necessidades especiais, dada a sua vulnerabilidade e desamparo e não como adultos pequenos, com direito a prestar os seus serviços durante dezasseis horas por dia ou como escravos dos pais”<sup>19</sup>. No seio do amplo interesse do bem-estar da criança, escreveram-se as primeiras páginas normativas, como forma de proteção legal apropriado a este grupo social e sendo este considerado a “chave para o controle social” como refere Trattner “a crescente preocupação com o bem-estar da população infantil, resultou, acima de tudo, do fato de a sociedade passar a ver a criança como chave para o controle social”<sup>20</sup>. Muitas iniciativas surgiram, em 1825 com o projeto da sociedade Nova-iorquina para a reforma dos delinquentes juvenis. Transportando para os Estados Unidos em 1871, um outro projeto, a Sociedade para a prevenção da crueldade com as crianças. Projeto replicado em 1883 em Liverpool e em 1899 em Chicago pelo Tribunal Juvenil. A criança como centro de estudos e conteúdo de conhecimento marcou o período de viragem para o denominado século da criança, como refere Ferreira “o século XX é o século da criança, deve-se ao corpus de conhecimento construído, principalmente por médicos, psicólogos, psicanalistas e outros cientistas sociais que através de estudos sistemáticos a elegeram como objeto a observar e a descobrir”<sup>21</sup>. De referenciar o grande contributo de Ellen Key através da sua obra “Século da Criança” (1900), onde demarca a necessidade de equidade entre os direitos da criança e dos seus progenitores. O empenho e iniciativas tornaram-se uma constante na luta pelos direitos da criança. Em 1913 a tentativa de constituição da Associação Internacional de Proteção à Criança, tentativa porque se viu interrompida com a 1ª Guerra Mundial e somente em 1921 se constituiu. Em 1919 a Sociedade das Nações cria o Comité de Proteção à Infância, instrumento que retira a exclusiva tutela em matéria de obrigações coletivas em relação à criança do Estado. Em 1923 a pacifista cristã e internacionalista Eglantyne Jebb conjuntamente com a União Internacional de Auxílio à criança, elabora a ata sobre os direitos da criança. Adotada em 1924, pela Assembleia da Sociedade das Nações Unidas com o título de Declaração dos direitos da criança, conhecida pela declaração de Genebra. Os seus princípios tornaram-se marco na consolidação do conceito de criança como sujeito de direitos especiais de proteção. No termino da segunda Guerra Mundial, 1946 a Assembleia das Nações Unidas cria a

---

<sup>19</sup> deMause, Lloyd. *The history of childhood...*, p. 92.

<sup>20</sup> Trattner, Walter I. *From Poor Law to Welfare State: A History of Social Welfare in America*. New York : The Free Press, 1979, p. 94.

<sup>21</sup> Ferreira M.M. *Salvar corpos, forjar a razão: contributo para uma análise crítica da criança e da infância como construção social em Portugal, 1880-1940*. Lisboa: IIE, 2000, p. 10.

International Children`s Emergency Fund (ICEF), com a missão de assegurar o bem-estar das crianças órfãos da guerra, organismo que viria adotar a denominação Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). Promovendo no terreno a implementação de políticas que permitem garantir a dignidade das crianças, através de serviços de educação, saúde e proteção. A arquitetura e o design não tomaram o lugar de espetadores, neste clima de aclamação dos direitos da criança. Por sua vez, tornou-se num instrumento de criação dos ambientes onde a criança e as suas rotinas diárias foram inseridas como pilar orientador do projeto arquitetónico, bem como o mobiliário desenhado para os espaços de vivência da criança. Neste contexto, nasce a preocupação de adequar o espaço de vivência da criança ao desenvolvimento e crescimento desta, numa conjugação não somente do espaço arquitetónico, mas também dos materiais educativos, como dos métodos de ensino. A obra de Corbusier, a Unité d`Habitation de Marseille é um dos exemplos de como a arquitetura respondeu a uma nova leitura tempo-espaço da criança na sociedade da época. Não sendo um dos pioneiros do espaço infantil doméstico é de referenciar as iniciativas da Bauhaus e do Walker Center. Contudo tornou-se um singular modelo de integração da rotina diária de uma criança, a Unité d`Habitation integrava o relógio diário pela conjugação das três funções: a célula doméstica, a célula de aprendizagem, a Maternelle e a célula socialização, o toit-terrasse da Unité. Mas se por um lado, a criança se tornara o centro da regeneração social e esperança numa sociedade que vivia desacreditada pelo devastador e amargo sentimento das experiências vivenciadas pelas grandes guerras. Por outro, era imperativo a criação de um documento que fosse ao encontro das aspirações para salvaguarda dos direitos que providenciassem a todos os Seres Humanos uma vida com dignidade, assentes na justiça e liberdade. Foi em 1948 que a Assembleia das Nações Unidas proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na sua redação compreende direitos económicos, sociais, culturais, políticos e civis. Um documento universal e indivisível, para toda a família humana e no qual todos os direitos são importantes para garantir uma plena realização humana. Encontrando-se as crianças no grande grupo humano surgia contudo, a necessidade de atender às especificações inerentes a este grupo social, como refere Delgado “A Declaração dos Direitos do Homem não é naturalmente um documento específico sobre os direitos da criança, apesar de as abranger. Todavia, pelas razões aduzidas, é impreterível referi-la, até por ser a declaração fundadora dos

documentos internacionais sobre a matéria”<sup>22</sup>. Na sequência destes movimentos sociais que se fazia sentir, em relação às necessidades muito específicas da criança, a Declaração de Genebra foi revista. Fato que levou a redação de uma nova de Declaração aprovada em 1959, que acrescentou um novo corpo de direito à Declaração dos Direitos da Criança de 1923. Permitindo à criança tornar-se sujeito de direitos civis ao afirmar o seu direito ao nome e a uma nacionalidade, constituindo este documento, segundo Monteiro “... um documento revolucionário na altura. A causa das crianças conquistou a opinião pública e internacionalizou-se”<sup>23</sup>. Rapidamente, surge a necessidade de o documento ultrapassar a figura de declaração, visto que esta não é um tratado e as suas disposições não tem força jurídica. Era necessário promover um maior compromisso da parte dos Estados que a ratificarem, ficando vinculados à obrigatoriedade de inscrever os seus princípios na lei interna do seu Estado. Para além dos aspetos relacionados à sua natureza impunham-se aspetos relacionados à sua substância. A necessidade de acrescentar novas dimensões de direito como resposta a realidade social, nomeadamente à participação da criança em questões que lhe afetam. Somente em 1989 a Convenção dos Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, documento que veio na sua nova redação justapor aos direitos sociais os direitos civis. A Convenção dos Direitos da Criança é o instrumento de direitos humanos mais aceites, sendo ratificado por 196 Estados, exceto os Estados Unidos. Em 1990 foi oficializada como lei internacional, tornando-se fonte de inspiração para adoção de novos instrumentos jurídicos internacionais e regionais promotores de proteção da criança. Nomeadamente, a Carta Africana dos Direitos e Bem-estar da Criança de 1991, Convenção de Haia de 1993, Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança de 1996, Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998, Convenção n.º 182 de 1999. A Convenção dos Direitos da criança pela sua natureza marcou a passagem de uma margem subtraída da consciência da infância para uma outra margem onde se ergue a construção de uma nova leitura do Ser criança. Bem como a desconstrução do protecionismo exuberado, abrindo a porta ao início de uma prática do discurso de cidadania infantil. Porém, é uma meta ainda inatingível no legado do estatuto político que a norma jurídica inscreve. A resistência à inclusão da criança prolonga um processo de exclusão que arrasta a criança para a periferia desta esfera,

---

<sup>22</sup> Delgado, Paulo. *Os direitos da criança: da participação á responsabilidade: o sistema de protecção e educação das crianças e jovens*. Porto : Profedições, 2006, p. 115.

<sup>23</sup> Monteiro, A. Reis. *A revolução dos direitos da criança*. Porto : Campo das Letras, 2002, p. 98.

confiando este direito ao grupo de adultos. Assim, a implementação da prática participativa observa-se com um princípio promotor de mudança sociocultural, que permanece ainda inacessível em muitos locais do globo, como nos refere Bob Franklin "The rights of Children"<sup>24</sup> “ ... é um enigma que nenhuma sociedade democrática deveria permitir (...) o que aqui se sustenta não é simplesmente a negação de direitos de cidadania, mas o direito a ser cidadão”<sup>25</sup>.

A cidade abriu as portas à negação da origem do seu próprio conceito, deslocou-se no tempo sem que tivesse travado o espírito de cegueira reflexo da decadência do elo que nos liga à cidade enquanto cidadãos. A criança deixou de ser livre (...) presidiária na sua própria categoria de infância (...) e autónoma no mais simples gesto de aprender caminhando na cidade, depara-se com a maior barreira até hoje sentida – a exagerada desconfiança social e a exaltação de um protecionismo encolerizado por parte da família. A cidade do século XXI mergulhou numa atmosfera tóxica, onde respirar é um novo paradigma da criança – não cidadã. Aplico a expressão criança-não cidadã, porque ser cidadão requer vivência de cidadania, bem como requer um espaço cidade para essa vivência...<sup>26</sup>

Urge a necessidade de resgatar o conceito de espaço público, palco da participação de todos no exercício pleno dos direitos de cidadania, numa permanente interação do homem| espaço físico homem, selando o elo deste com o ambiente físico. Impregnando a identidade ao lugar enquanto espaço de pertença e vivência de todos numa convivência saudável e harmoniosa. Segundo Okamoto, “equilíbrio, a harmonia e a evolução espiritual do homem, atendendo às suas aspirações, acalentando seus sonhos, instigando as emoções de se sentir vivo, desenvolvendo nele um sentido afetivo em relação ao locus”<sup>27</sup>. A sociedade tem como obrigatoriedade de libertar a criança do enclausuramento do espaço encerrado de movimento e voz. Proporcionando-lhe uma educação integral, no desenvolvimento das suas competências, através da experiência – ação no ato de interpretar e ouvir o pulsar da cidade, como refere Hart

---

<sup>24</sup> Franklin, Bob. *The rights of Children*. Oxford: Blackwell, 1986, p. 24.

<sup>25</sup> Correia, Veloso e. *Atas do Congresso internacional das cidades amigas da Crianças* [Conferência]. Madrid, 2015.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> Okamoto, Jun. *Percepção ambiental e comportamento: visão holística da percepção ambiental na arquitetura e na comunicação*. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2002, p. 15.

é irrealista esperar de repente, somente porque se atingiu 16,18 ou 21 anos, todos se tornem cidadãos responsáveis e ativos, sem ter havido uma experiência prévia onde as competências tenham sido desenvolvidas. A compreensão de uma participação democrática somente pode ser adquirida gradualmente através da prática social; não pode ser insinuada como uma abstração<sup>28</sup>.

O ato de desenhar espaço urbano está ainda é em grande parte dos -núcleos de gestão territorial, confinado ao processo criativo individual do arquiteto. Procurando este na sua visão responder a um programa, muitas vezes colocado, dissociado das realidades da área objeto de intervenção. Muitas vezes contempla obrigatoriamente prazos e custos de execução incompatíveis com projetos participativos. Aqui, interrogo e deixo para reflexão conjunta de saberes, como construir cidades inclusivas sem nunca ouvir as vozes da comunidade e no caso em estudo as crianças. Crianças, que na espontaneidade própria exprimem as suas necessidades, anseios e soluções difíceis de observação pela lente do adulto. Descer à escala do pequeno arquiteto e deferir a licença dos seus pareceres na construção e organização do espaço urbano é tornar a cidade um espaço aberto a todos. Demolir o muro que coloca a criança na margem da construção das políticas públicas, poderá e será um passo gigante na mudança da pasta da educação não somente da criança, mas também do adulto no seu contexto social. Porém, o adulto ainda permanece adormecido na cumplicidade oculta de um não-respeito pela natureza humana, dominado de um lado pela presença da proteção à imagem de uma fragilidade e vulnerabilidade e de um outro pela imagem (in)capazes de tomar decisões. Resulta, que o ato de cidadania só poderá emergir no encontro do equilíbrio entre o direito da proteção, provisão e o da participação. Se por um lado observamos a falta de autonomia na mobilidade no espaço cidade por parte das crianças. Esta constatação reforça a cultura de um protecionismo exuberado devido a imagem negativa sobre a cidade, insegura, palco de violência e degradada, resposta essencialmente expressa pela classe média e alta. Por outro lado temos a vivência do espaço cidade pelas crianças oriundas da classe desfavorecida, sendo estas as mais sujeitas à violência. As desigualdades sociais são a grande fatia impulsionadora da violência, contudo o repensar o lugar da criança no espaço público, poderá constituir um fator de arrefecimento no fenómeno da

---

<sup>28</sup>Hart, Roger A. *Children's Participation From tokenism to citizenship* [em linha]. UNICEF, 1992, p. 5. <[https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/childrens\\_participation.pdf](https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/childrens_participation.pdf)> [31 agosto 2016].

violência e criminalidade. A permissão da vivência da criança no espaço público (praças, largos e ruas) impulsionará uma consciência de vigilância comunitária, diminuindo a criminalidade, violência bem como ativação da cidade viva, mais humana, habitat comunitário. Logo o reforço ao sentido de pertença do espaço, cooperando na gestão do próprio espaço público.

Exprimimos a nossa preocupação pela necessidade de trazer ao projeto escola-cidade a voz das crianças, na procura de reconstruir um espaço social com e para elas, numa plataforma física e ambiental segura, inclusiva, acolhedora e impulsionadora de vivência múltiplas que promovam um desenvolvimento integral, uma cultura e um enriquecimento da nossa condição humana.

Nos últimos anos, muitas têm sido as experiências desenvolvidas em cidades, com o propósito de trazer o direito de participação da criança para o projeto urbano, como contributo a políticas públicas, o Instituto da Criança na Cidade representa um grão de areia nesse grande areal de sinergias, que unem saberes na efetivação do pilar da humanidade a idade da criança. O lançamento do programa “MariaAna as pequenas construtoras” surge como uma bússola orientadora de um processo educativo, para o direito de participação da criança em contexto escola-cidade. O mesmo desenvolve-se em sistema de polvo em que os tentáculos se movem em resposta ao núcleo teórico-prático proposto. Adota um modelo - método intervencionista com aplicabilidade à escala local, da auto confrontação com a realidade, num processo contínuo e aberto à aquisição de conhecimentos retirados da experimentação vivenciada, estimulando as várias competências e aptidões intrínsecas ao desenvolvimento da criança, nos vários domínios que caracterizam o crescimento humano.

Na consolidação dos conceitos de cooperação, solidariedade, numa viagem ao diálogo, reflexão e discussão, um processo de aprendizagem comunicativa, assente em cinco plataformas, o questionamento; diagnóstico técnico e preceptivo; desenho das aprendizagens; plano de ação para a mudança. Programa teórico-prático “MariaAna as pequenas construtoras” consubstancia-se em dois projetos denominados, «Quero mudar a minha cidade» e os chamados «Círculos democráticos» que dialogam na interdependência do núcleo. Representa um instrumento de aplicabilidade prática do direito de participação da criança em território, fornecendo subsídios à gestão e planeamento do espaço público, como contributo às equipas técnicas envolvidas no desenho de espaço público municipal. Priorizando as áreas segundo necessidades reais, segundo Bins Ely “...Quando um ambiente físico responde às necessidades dos usuários

tanto em termos funcionais (físicos/cognitivos) quanto formais (psicológicos), certamente terá um impacto positivo na realização das atividades”<sup>29</sup>. Desconstruindo desigualdades, tendo como parâmetro a percepção, necessidades e expectativas do indivíduo enquanto usuário do espaço público, no processo de construção participativa. Conforme salientado Milton Santos "Nosso problema teórico e prático é o de reconstruir o espaço para que não seja o veículo de desigualdades sociais e, ao mesmo tempo, reconstruir a sociedade para que não crie ou preserve desigualdades sociais"<sup>30</sup>.

Através de um teste piloto pretende-se o aperfeiçoamento das ferramentas utilizadas, que permitam posteriormente a validação de matrizes de medição dos índices de satisfação do espaço público nas diversas abordagens conceituais, no alcance de um acompanhamento sistemático e eficiente da cidade amiga da criança.

### Referências Bibliográficas

- Almeida, Paulo Nunes de. *Educação Lúdica: Técnicas e Jogos pedagógicos*. São Paulo: Loyola, 1999.
- Ariés, Philippe. *História social da criança e da família*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: LCT, 2006.
- Cordeiro, Sandro da Silva e Coelho, Maria das Graças Pinto. *Descortinando o cocete de Infância na história: do passado á contemporaneidade* [em linha]. Porto, Junho 2007. <[http://www.faced.uf.br/colulhe06/anais/arquivo/76SandroSilvaCordeiro\\_MariaPintoCoelho.pdf](http://www.faced.uf.br/colulhe06/anais/arquivo/76SandroSilvaCordeiro_MariaPintoCoelho.pdf)> [30 agosto 2016]
- Correia, Veloso e. *Atas do Congresso internacional das cidades amigas da Crianças* [Conferência]. Madrid, 2015.
- Delgado, Paulo. *Os direitos da criança: da participação á responsabilidade: o sistema de protecção e educação das crianças e jovens*. Porto: Profêdições, 2006.
- deMause, Lloyd. *The history of childhood, the untold story of child abuse*. London: Bellew Publishing, 1974.
- Bins Ely, Vera. "Ergonomia + Arquitetura: buscando um melhor desempenho do ambiente físico". In *Anais do 3º Ergodesign. 3º Congresso Internacional de*

---

<sup>29</sup> Bins Ely, Vera. "Ergonomia + Arquitetura: buscando um melhor desempenho do ambiente físico". In *Anais do 3º Ergodesign. 3º Congresso Internacional de Ergonomia e Usabilidade de Interfaces Humano-Tecnologia: produtos, programas, Informação, Ambiente Construído*. Rio de Janeiro : LEUI/PUC, 2003.

<sup>30</sup> Santos, Milton. "Reformulando a sociedade e o espaço. Geografia e Sociedade: os novos rumos do pensamento geográfico". *Revista de Cultura Vozes*, 1980, Vol. LXXIV, p. 45.

- Ergonomia e Usabilidade de Interfaces Humano-Tecnologia: produtos, programas, Informação, Ambiente Construído*. Rio de Janeiro: LEUI/PUC, 2003.
- Ferreira M.M. *Salvar corpos, forjar a razão: contributo para uma análise crítica da criança e da infância como construção social em Portugal, 1880-1940*. Lisboa: IIE, 2000.
- Franklin, Bob. *The rights of Children*. Oxford: Blackwell, 1986.
- Hart, Roger A. *Children's Participation From tokenism to citizenship* [em linha]. UNICEF, 1992. <[https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/childrens\\_participation.pdf](https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/childrens_participation.pdf)> [31 agosto 2016].
- Henning, Arend; Kruse, Karl. *Der Skepticismus Montaigne's Und Seine Geschichtliche Stellung, Und Die Padagogischen Meinungen Des Michel Montaigne (1881)*. Whitefish, Montana: Kessinger Publishing LLC, 2010.
- Monteiro, A. Reis. *A revolução dos direitos da criança*. Porto: Campo das Letras, 2002.
- Néraudau, Jean-Pierre. *Être enfant á Rome*. Paris: Payot, 1996.
- Okamoto, Jun. *Percepção ambiental e comportamento: visão holística da percepção ambiental na arquitetura e na comunicação*. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2002.
- Planchard, Emile. *A pedagogia escolar contemporânea*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora Lda, 1960.
- Redin, Euclides. *O espaço e o tempo da Criança: se der tempo a gente brinca*. Porto Alegre: Editora Mediação, 1998.
- Rocha, Rita de Cássia Luiz da. *A história da infância: reflexos acerca de algumas concepções correntes* 3ª ed. Paraná: Editora Unicentro, 2002.
- Rousseau J.J. *Emílio ou Ela Educação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- Santos, Milton. "Reformulando a sociedade e o espaço. Geografia e Sociedade: os novos rumos do pensamento geográfico". *Revista de Cultura Vozes*, 1980, Vol. LXXIV, pp. 37-48.
- Silva, A.S. "A actualidade dos Direitos Humanos e a Educação para a Cidadania". In Amaro, Gertrudes (coord.). *Educação para os direitos humanos: actas do encontro internacional*. Lisboa: IIE, 2002, pp. 25-35.
- Trattner, Walter I. *From Poor Law to Welfare State: A History of Social Welfare in America*. New York: The Free Press, 1979.

# VIAJES, TURISMO Y EXPLOTACIÓN SEXUAL DE LA INFANCIA: UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EXPANSIÓN\*

## TRAVEL, TOURISM AND CHILDREN SEXUAL EXPLOITATION: A VIOLATION OF HUMAN RIGHTS IN EXPANSION

Andrea Gutiérrez García  
*Universidad Pontificia de Salamanca*  
Estrella Montes López  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** El objetivo de esta investigación es reflexionar sobre una de las formas de explotación sexual comercial infantil (ESCI), aquella que tiene lugar asociada al turismo, y que junto a la explotación sexual a cambio de dinero, regalos, favores u otros bienes materiales, a la pornografía infantil y a la trata de menores con fines de explotación comercial, viola gravemente los derechos de la niñez suponiendo una de las peores formas de “trabajo” infantil. Partiendo de la explicación de esta problemática y de las gravísimas consecuencias que acarrea en la salud de sus víctimas, se pone de relieve la necesidad de desarrollar espacios de sensibilización y reflexión, especialmente con jóvenes, con el objetivo de prevenir la demanda.

**Palabras clave:** Infancia, Adolescencia, Explotación sexual, Turismo, Demanda.

**Abstract:** The aim of this paper is to reflect on one of the forms of commercial sexual exploitation (CSEC), the one that occurs associated with tourism. This practise together with sexual exploitation in exchange for money, gifts, favours or other property, child pornography and child trafficking for commercial exploitation, seriously violates the rights of children and it is one of the worst forms of child “labour”. Based on the explanation of this problem and the serious consequences for the victims’ health, it emphasizes the need for developing awareness and reflection spaces, especially with young people, in order to prevent the demand.

**Keywords:** Childhood, Adolescence, Sexual exploitation, Tourism, Demand.

### 1. Introducción

La infancia es una etapa crucial en la historia personal. En ella se define la identidad y se estructuran las bases fundamentales del desarrollo cognitivo y emocional, pero también es el momento en el que se es más dependiente y vulnerable, por lo que es

---

\* A lo largo del documento se utilizarán de manera indistinta los términos explotación sexual comercial infantil (ESCI) y explotación sexual comercial de niñas/os y adolescentes (ESCNA), haciendo referencia ambos a personas menores de 18 años.

responsabilidad de las familias, la sociedad y el Estado ofrecer condiciones adecuadas de seguridad, protección y bienestar<sup>1</sup>.

La ONU reconoció por primera vez en la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, la especial vulnerabilidad de esta población frente a la violencia sexual<sup>2</sup>. Todos los niños y niñas tienen derecho a vivir una infancia libre de explotación sexual<sup>3</sup>, y un área en el que deben ser especialmente protegidos es en la industria del turismo.

La actividad turística se ha desarrollado de una manera espectacular en las últimas décadas, y se ha convertido en una fuente de riqueza y motor clave para el desarrollo económico, social y cultural de muchos países. Viajar se ha transformado en una actividad cada vez más accesible, se han multiplicado el número de destinos, se ha abaratado el coste de los viajes, y de este modo se ha incrementado el número de potenciales turistas. Sin embargo, y de forma paralela a la expansión de la industria de los viajes y a la búsqueda de destinos cada vez más apartados y exóticos, también se han desarrollado otras formas más perversas y rentables de turismo, como el turismo sexual, y específicamente el que tiene como objetivo el acceso a menores<sup>4</sup>.

Esta problemática desafía la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible, entre ellos el ODS1 (poner fin a la pobreza); el ODS2 (hambre cero); el ODS3 (salud y bienestar); el ODS5 (igualdad de género); el OD10 (reducción de las desigualdades) o el OD12 (producción y consumo responsable), entre otros. Asimismo, “vulnera los objetivos fundamentales del turismo y constituye una negación de su esencia” (art. 2.3<sup>5</sup>); por ello el abordaje de esta problemática no puede quedar fuera de las políticas de desarrollo turístico de los países.

---

<sup>1</sup> Camacho Ordoñez, Leidy Bibiana y Trujillo González, María Angélica. “La explotación sexual comercial infantil: una ganancia subjetiva”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2009, 2 (Nº7), pp. 1009-1025.

<sup>2</sup> Gaitán Muñoz, Lourdes (coord.) *La infancia en cifras*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Política Social, 2009.

<sup>3</sup> ECPAT Internacional. *Protegiendo a los niños de la explotación sexual en el turismo*. Tailandia: ECPAT, 2008b.

<sup>4</sup> Araya Castelli, Denisse y Retuerto Mendaña, Iria. *Manifestaciones locales de la Explotación Sexual Comercial de Niñas, Niños y Adolescentes en Chile. Dinámicas, Espacios y Género*. Santiago de Chile: ONG Raíces, 2010.

<sup>5</sup> ONU. “Código Ético Mundial Para el Turismo” [en línea], 2001. <<http://dtxtq4w60xqpw.cloudfront.net/sites/all/files/docpdf/gcetbrochureglobalcodees.pdf>> [24 febrero 2016]

Para que el turismo sea sostenible se hace necesaria la incorporación de prácticas de responsabilidad orientadas a salvaguardar no sólo los bienes naturales y culturales de los países, sino también humanos; entre éstos destaca la niñez que necesita ser protegida de cara a expresar su potencial en el futuro<sup>6</sup>. En este sentido, se desarrolló en el 2004 un código de conducta para la protección de los niños contra la explotación sexual en la industria de los viajes y el turismo<sup>7</sup>, liderado por el sector privado del turismo en colaboración con ONGs, agencias de la ONU y Gobiernos.

El turismo sexual infantil es, junto a la explotación sexual; la pornografía infantil y la trata de menores con fines de explotación sexual, una de las formas de ESCI que viola gravemente los derechos de la niñez<sup>8</sup> y supone una de las peores formas de “trabajo” infantil<sup>9</sup>. La relevancia y preocupación por esta problemática ha quedado patente a lo largo de los tres congresos mundiales contra la ESCNNA que se han celebrado hasta el momento: Estocolmo (1996); Yokohama (2001) y Río de Janeiro (2008); y las múltiples legislaciones que han abordado este tema.

## 2. Definición y magnitud del fenómeno

En general, los turistas eligen sus destinos por razones de ocio o de negocios y viajan en busca de relajación, descubrimiento de otras culturas o para disfrutar de la naturaleza o un viaje de aventura<sup>10</sup>. En cambio, para otras personas la motivación principal es la posibilidad de mantener relaciones sexuales con adultos/as o niños/as locales. O’Brian, Grillo y Barbosa<sup>11</sup> definen el turismo sexual infantil como:

La explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes por personas que en general no viven en la zona donde el abuso tiene lugar. Incluye el abuso tanto por parte de turistas extranjeros como locales. También incluye a personas que visitan el

---

<sup>6</sup> ECPAT Internacional. *Protegiendo a los niños de la explotación sexual en el turismo*. Tailandia: ECPAT, 2008b.

<sup>7</sup> ECPAT-SPAIN. “Promoción del Código de Conducta para la Protección de los Niños en el Turismo y en los Viajes” [en línea]. < <http://www.ecpat-spain.org/programas.asp> > [24 febrero 2016].

<sup>8</sup> Araya Castelli, Denisse y Retuerto Mendaña, Iria. *Manifestaciones locales de la Explotación Sexual...*

<sup>9</sup> OIT. “C182 - Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil” [en línea], 1999. <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312327](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312327)> [24 febrero 2016].

<sup>10</sup> Jouen, Frederic y Zielinski, Seweryn. “La explotación sexual comercial de menores en los destinos turísticos. Conocimientos, actitudes y prevención de los prestadores de servicios turísticos en Taganga, Colombia”. *Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, 2013, 11 (Nº1), pp.121-134.

<sup>11</sup> O’ Brian, Muireann, Grillo, Milena y Barbosa, Helia. *La Explotación Sexual Comercial de niños, niñas y adolescentes en el Turismo*. Río de Janeiro: ECPAT Internacional, 2008, p.6.

país inicialmente como turistas y que extienden su estadía en el territorio, o a personas que viajan a trabajar como maestros, trabajadores de ONG, asistentes sociales, etc., y que utilizan su situación dentro de la comunidad local para tener acceso a los niños.

Podemos identificar cuatro actores relacionados con la explotación sexual comercial de la infancia en el turismo: los niños, niñas y adolescentes víctimas de este tipo de explotación, la propia industria del turismo, los turistas explotadores-clientes y la ciudadanía local (incluso con los que media relación afectiva con el/la menor) que hacen de intermediarios<sup>12</sup>.

La industria del turismo no tiene entre sus fines el desarrollo de este tipo de actividad delictiva, sin embargo, los perpetradores de este delito se ven amparados por la propia infraestructura de la misma que permite a los viajeros el disfrute de sus vacaciones (alojamiento, transporte, restauración, tiendas de regalos y otros servicios asociados a este), garantizándole el anonimato respecto a la población y el entorno, a la vez que les acerca a la población local y a las personas menores de edad. Además, al estar lejos de su lugar de origen, se sienten impunes a los reproches sociales, morales y culturales que sufriría en él. Por ello, este sector económico debe también asumir su responsabilidad social y luchar por no convertirse en un instrumento con fin tan perverso como éste.

La explotación sexual infantil nunca puede ser aceptada, con independencia de la voluntad del menor o la menor o su familia. Este tipo de actividades son inapropiadas para su edad y desarrollo psicosexual, y precisamente por su inmadurez y dependencia, son incapaces de comprender el sentido de las mismas, y por ende, de dar su consentimiento<sup>13</sup>. Sin embargo, en ocasiones, es la difícil situación económica y social de las familias la que propicia que familiares del niño, niña o adolescente colaboren de

---

<sup>12</sup> MITUR y UNICEF. “Manual para la prevención de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes desde el sector turismo” [en línea], 2011. <[http://www.unicef.org/republicadominicana/MANUAL\\_ESC\\_Turismo\\_IMPRENT-18-11-2011.pdf](http://www.unicef.org/republicadominicana/MANUAL_ESC_Turismo_IMPRENT-18-11-2011.pdf)> [24 febrero 2016].

<sup>13</sup> Helfer, Ray E. y Kempe, C. Henry. (eds.). *Child abuse and neglect: The family and the community*. Cambridge, MA: Ballinger, 1976; Honeyball, Mary. “Informe sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género. Comisión de Derechos de la mujer e igualdad de género” [en línea]. Parlamento Europeo, 2013. <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0071+0+DOC+XML+V0//ES>> [24 febrero 2016]; Navarro, Carolina. *Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales CAVAS Metropolitano: 16 años de experiencia*. Santiago de Chile: Policía de Investigaciones de Chile, 2013.

manera directa en su intercambio con el cliente, coaccionándolos, explotándolos o vendiéndolos<sup>14</sup>.

Por su parte, la ciudadanía local también participa en este delito. Aunque los explotadores pueden acceder a los/as menores a través del contacto directo en la calle, playa u otras organizaciones que trabajan con esta población, es usual que lo hagan a través de terceras personas, especialmente las vinculadas, directa o indirectamente, a la industria del turismo, como taxistas o camareros<sup>15</sup>. A medida que los ciudadanos locales participan en esta actividad, se van creando redes u organizaciones que facilitan este tipo de delitos a cambio de cuantiosas sumas de dinero<sup>16</sup>.

Se considera como explotadora a “toda persona que intermedie u ofrezca la posibilidad de la relación sexual a un tercero, también toda aquella persona que mantenga la misma relación con el niño, niña o adolescente, sin importar si es frecuente, ocasional o permanente”<sup>17</sup>. Así, pueden diferenciarse tres tipos de explotadores: el cliente, que paga por mantener relaciones sexuales con el/la menor, sea en efectivo o en especie (alimentos, alojamiento u otros obsequios); el proxeneta que capta y entrega al niño o niña al cliente para que mantenga con él relaciones sexuales a cambio de una suma económica; y el intermediario, que facilita el contacto entre los dos anteriores, el cliente y el proxeneta<sup>18</sup>. Por su parte, dentro del explotador-cliente, podemos diferenciar tres tipos<sup>19</sup>:

- El explotador ocasional, aquella persona que aunque no viaja con la intención explícita de mantener relaciones sexuales con menores, se aprovecha de la disponibilidad de éstos y justifica sus actos por la falsa aceptación cultural del país o el apoyo económico a los/as menores a cambio del encuentro sexual.

---

<sup>14</sup> MITUR y UNICEF. “Manual para la prevención de la explotación sexual comercial...”

<sup>15</sup> UNICEF. “Campaña contra la explotación sexual comercial infantil en los viajes” [en línea], 2005a. <[https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CD\\_nohayexcusas.pdf](https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CD_nohayexcusas.pdf)> [24 febrero 2016]; ÍD.: *Prevención de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes: Contribuyendo a un Turismo Sostenible en Centroamérica*. Panamá: UNICEF Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2005b; ÍD.: “Explotación sexual comercial de la Infancia” [en línea], 2014. <<http://www.campus89.es/wp-content/uploads/2014/03/documento-informativo-explotacion-sexual-comercial-infancia.pdf>> [24 febrero 2016].

<sup>16</sup> MITUR y UNICEF. “Manual para la prevención de la explotación sexual comercial...”

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>18</sup> ECPAT Internacional. *Protegiendo a los niños de la explotación sexual...*

<sup>19</sup> Save the Children. *Sistematización de las iniciativas regionales para la prevención del Turismo Sexual Infantil en América Latina: Hacia una estrategia regional*. Lima: Save The Children, 2005; UNICEF. “Explotación sexual comercial...”

- El explotador preferencial, aquel que previamente a su viaje busca información sobre el acceso a actividades sexuales con menores, modificando sus destinos en función de las medidas de prevención y castigo de este delito en los países.
- El explotador pederasta o pedófilo, que sufre un desorden patológico, y desea mantener contacto sexual exclusivamente con menores.

Cabe recordar que no existe un perfil único de explotador-cliente, sino que los turistas que cometen este tipo de delito provienen de diferentes clases sociales, aunque en general, disponen de mayor poder adquisitivo que el/la menor explotado/a; pueden ser de ambos sexos, aunque fundamentalmente son varones<sup>20</sup>, y de diferentes estados civiles, así como religiones o culturas, y no solo son turistas internacionales, sino que mayoritariamente son viajeros o turistas locales o regionales, provenientes de diferentes partes del país<sup>21</sup>.

Como ocurre con otros delitos, su carácter ilegal y oculto, a menudo vinculado a grupos criminales, hace muy difícil obtener cifras relativas al número de perpetradores o de víctimas. Además, la negación o minimización del mismo por parte de muchos Estados, donde es visto como un tabú; y la carencia de denuncias debido a que muchas y muchos menores carecen de familia o ésta se lucra de su explotación, dificultan la estimación real de este problema. Sin embargo, lejos de disminuir, parece que el número de turistas con inclinaciones hacia el abuso sexual de menores está aumentando.

La Organización Mundial de Turismo (OMT) señala que un 20% de los viajeros buscan contactos sexuales durante sus viajes y un 3% confiesa tendencias pedófilas<sup>22</sup>. Los informes de ECPAT Internacional<sup>23</sup> y UNICEF<sup>24</sup> estiman que cada año 40.000 turistas españoles viajan a diferentes destinos, fundamentalmente en América Central y América del Sur, con el objetivo de mantener relaciones sexuales con

---

<sup>20</sup> Montes López, Estrella y Gutiérrez García, Andrea. “Niñez y género: doble vulnerabilidad ante la explotación sexual comercial”. En Gallardo Rodríguez, Almudena (coord.). *Desigualdad y violencia en un contexto de crisis generalizada*. Granada: Comares, 2016 (en prensa).

<sup>21</sup> ECPAT Internacional. *Offenders on the move: Global Study on Sexual Exploitation of Children in Travel and Tourism*. Tailandia: ECPAT Internacional, 2016; MITUR y UNICEF. “Manual para la prevención de la explotación sexual comercial...”

<sup>22</sup> Counter Pedophilia Investigative Unit. “Turismo sexual Infantil” [en línea]. <<http://www.cpiu.es/turismo-sexual-infantil>> [24 febrero 2016]; Jouen, Frederic y Zielinski, Seweryn. “La explotación sexual comercial...”.

<sup>23</sup> ECPAT Internacional. *Informe global de monitoreo de las acciones en contra de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*. Bangkok: ECPAT Internacional, 2012.

<sup>24</sup> UNICEF. “Explotación sexual comercial...”

personas menores. Además, el informe “Actitud de la sociedad española ante la práctica de la explotación sexual comercial infantil en los viajes”<sup>25</sup> recogía, mediante la aplicación de una encuesta a 1200 personas, la percepción de la sociedad española sobre este asunto. Este estudio reflejaba el profundo rechazo de la ciudadanía (especialmente de las mujeres) ante el turismo sexual infantil, a la vez que mostraba datos tan alarmantes como que el 9.3% de las personas encuestadas conocían o habían oído hablar de algún adulto que había viajado a países en desarrollo donde había mantenido relaciones con menores; o que el 21,4 % de los/as participantes consideraba que la mayoría de españoles que viajan a países en desarrollo buscan sexo con menores de edad.

Por todo ello, España, al igual que otros países, ha adoptado legislaciones extraterritoriales para poder procesar a cualquier ciudadano/a español/a que realice este tipo de abusos fuera de su país de origen. Sin embargo, la legislación española carece de una tipificación del delito de turismo sexual infantil, por lo que debe recurrirse a otras disposiciones legales relativas a la prostitución infantil para su condena. Asimismo, a pesar del principio de extraterritorialidad no se ha condenado a ningún turista español por ESCNNA en terceros países<sup>26</sup>. Sin embargo, esta situación no es solo característica de España, sino que a nivel mundial el número de condenas por este delito permanece alarmantemente bajo, debido a la falta crónica de informes y a la débil aplicación de las regulaciones y leyes<sup>27</sup>.

### 3. Causas y localización

El turismo sexual se ha visto favorecido por la situación socio-económica y política del lugar de destino, donde en muchos casos se ha desarrollado sin las regulaciones necesarias, fruto de gobiernos que se guían por intereses puramente económicos, sin valorar adecuadamente el impacto de esta actividad sobre la población; y donde el cumplimiento de la ley es muy débil. Las diferencias económicas entre los turistas y la población local también contribuye a este tipo de turismo, aumentando la

---

<sup>25</sup> UNICEF. “Actitud de la sociedad española ante la práctica de la explotación sexual comercial infantil en los viajes” [en línea], 2006. <<http://www.laverdad.es/RC/200701/17/Media/unicef.pdf>> [24 febrero de 2016].

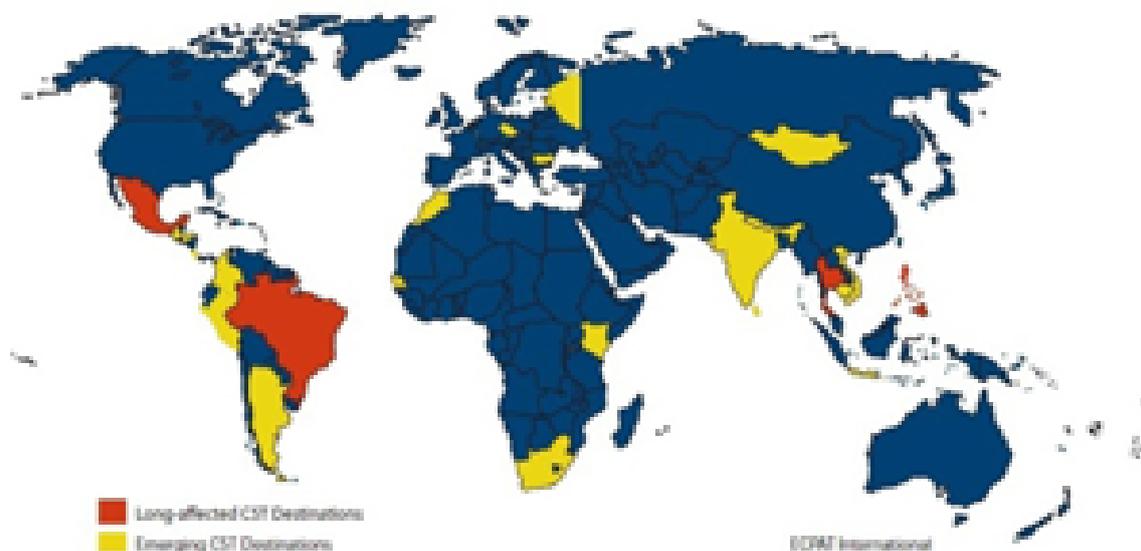
<sup>26</sup> ECPAT Internacional. *Informe global de monitoreo de las acciones...*

<sup>27</sup> ECPAT Internacional. *Offenders on the move...*

vulnerabilidad de los segundos, especialmente en el caso de los/as menores<sup>28</sup>. Además, y como señala Aguilar<sup>29</sup>, el ya mencionado anonimato de los perpetradores al estar lejos del hogar; la disponibilidad de menores; la falsa racionalización que puede llevar a considerar que con este tipo de actos se les está ayudando económicamente; su sentimiento de superioridad sobre la cultura local; o creencias erróneas como que existen menos posibilidades de contraer ITS con niños/as; son factores que favorecen este tipo de delitos.

Con todo ello, el turismo sexual infantil se ha convertido en un fenómeno en expansión, duplicándose en los últimos veinte años, y este delito no solo se comete en los países en vías de desarrollo, sino que ningún país es inmune a él<sup>30</sup>. Mientras en algunos destinos es una problemática muy instaurada, en otros se ha desarrollado recientemente o está actualmente emergiendo, pese a no contar, en muchos casos, con una verdadera infraestructura del turismo y ser, al contrario, espacios remotos difícilmente accesibles<sup>31</sup>. El gráfico 1 refleja estas tendencias.

**Gráfico 1.**  
**Países con tradición en el turismo sexual y destinos emergentes**



**Fuente: ECPAT International<sup>32</sup>**

<sup>28</sup> UNICEF. "Explotación sexual comercial..."

<sup>29</sup> Aguilar González, Laura A. "La explotación sexual comercial infantil (ESCI) en el turismo: Análisis del turismo sexual internacional que afecta a la niñez". *PASOS, Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, 2005, 3 (Nº1), pp. 207-210.

<sup>30</sup> ECPAT Internacional. *Offenders on the move...*

<sup>31</sup> ECPAT Internacional. *Protegiendo a los niños de la explotación sexual...*

<sup>32</sup> ECPAT Internacional. *Combatiendo al turismo sexual con niños y adolescentes. Preguntas frecuentes*. Tailandia: ECPAT, 2008a.

#### 4. Las graves consecuencias de la explotación sexual

El turismo sexual tiene un grave impacto a nivel social<sup>33</sup>. En primer lugar, acarrea graves consecuencias para el país de destino debido a que esta actividad produce una pérdida de la identidad cultural, daña la imagen del país y socava el desarrollo turístico sostenible. Esto perjudica también a la propia industria del turismo debido a la disminución de la calidad de la oferta y el crecimiento económico a medida que disminuye el número de turistas en determinadas regiones. Por otro lado, para la comunidad también tiene graves implicaciones, por la vulneración de derechos en sus habitantes, la corrupción de los valores imperantes en ella, y el impacto que las infecciones de transmisión sexual, especialmente el VIH/SIDA, puede tener en la población local; y muy especialmente, en el caso de las personas menores de edad<sup>34</sup>.

La explotación sexual en la infancia vulnera los derechos fundamentales de los niños y niñas, afecta a su salud, y por ende, dificulta su desarrollo a nivel físico, emocional y social (ver tabla 1). Además de las lesiones físicas y su mayor vulnerabilidad a infecciones de transmisión sexual, la vivencia de una situación de explotación sexual genera en el/la menor sentimientos de culpabilidad, angustia, auto-desprecio y pérdida de autoestima, que pueden desencadenar trastornos psicológicos y conductuales más graves, llegando en algunos casos hasta al suicidio<sup>35</sup>. Además, a menudo son estigmatizados/as por sus comunidades y tienen grandes problemas para el acceso a la educación, debido a las carencias económicas, lo cual tendrá efectos negativos en la adultez. Todo ello contribuye a su dependencia de los recursos económicos de los turistas y dificulta el acceso a otro tipo de vida.

---

<sup>33</sup> FAMPI-ECPAT. *La explotación sexual infantil en los viajes y el turismo. Una aproximación para profesionales del sector turístico*. Madrid: FAMPI-ECPAT, 2012; ECPAT Internacional. *Protegiendo a los niños de la explotación...*

<sup>34</sup> MITUR y UNICEF. "Manual para la prevención de la explotación sexual..."

<sup>35</sup> FAMPI-ECPAT. *La explotación sexual infantil en los viajes y el turismo...*; ECPAT Internacional. *Protegiendo a los niños de la explotación sexual...*

**Tabla 1.**  
**Consecuencias del turismo sexual infantil sobre el bienestar de la niñez**

BIENESTAR FÍSICO
<p>Retrasos orgánicos del desarrollo</p> <p>Trastornos en la alimentación</p> <p>Dolores crónicos generalizados</p> <p>Trastornos del sueño</p> <p>Embarazos no deseados y/o en edades prematuras</p> <p>Enfermedades como el VIH/SIDA y otros de transmisión sexual</p> <p>Conductas auto-lesivas o suicidas</p> <p>Consumo de tóxicos</p>
BIENESTAR EMOCIONAL Y CONDUCTUAL
<p><b>Alteraciones emocionales:</b></p> <p>Sentimientos de culpa y vergüenza</p> <p>Agresividad, depresión, miedo, ataques de pánico y de ansiedad</p> <p>Alteraciones de conducta: fobias, trastornos de conducta, hiperactividad o abatimiento excesivo, conductas auto destructivas, trastornos de alimentación (anorexia - bulimia), conductas antisociales.</p> <p><b>Alteraciones cognitivas:</b></p> <p>Confusión, desorientación, pérdida de memoria, pérdida de la capacidad de concentración, problemas de aprendizaje.</p> <p><b>Alteraciones de la sexualidad:</b></p> <p>Rechazo del propio cuerpo, problemas de identidad sexual, fobias sexuales, dolores crónicos en las relaciones sexuales, falta de satisfacción sexual o incapacidad para el orgasmo, disfunciones sexuales.</p> <p><b>Síndrome de estrés postraumático</b></p>

Fuente: FAMPI-ECPAT<sup>36</sup>

## 5. Reflexiones finales y conclusiones

Existen dos modos de entender a las y los menores envueltos en este fenómeno: como trabajadores activos o pasivos –según las circunstancias-, o desde la

<sup>36</sup> FAMPI-ECPAT. *La explotación sexual infantil en los viajes y el turismo...*

óptica que los conceptualiza como víctimas<sup>37</sup>. Ha quedado claro a lo largo de esta comunicación que nuestra posición es la segunda, sin embargo, nos vamos a centrar en lo común de ambas perspectivas y lo que nosotras consideramos clave: la demanda, ya que sin su existencia, no habría oferta.

Dada la relevancia del fenómeno, consideramos necesaria la creación de espacios de sensibilización donde adultos y jóvenes tengan la oportunidad de conocer las realidades que esconde este fenómeno y puedan reflexionar sobre ellas. Resulta imprescindible educar a la ciudadanía en las problemáticas vinculadas a la ESCI, y particularmente, referentes al turismo sexual infantil, para tratar de evitar la reproducción de estas prácticas que ponen en riesgo a tantos/as menores. Nuestros jóvenes tienen que conocer la naturaleza ilegal de estas prácticas y del impacto severo que tienen sobre la niñez en los tres niveles: físico, emocional y social, constituyéndose como un mecanismo limitador de su desarrollo y oportunidades futuras. Es también especialmente relevante intentar acabar con los mitos existentes en torno a este fenómeno, particularmente con los vinculados a los razonamientos que justifican este tipo de explotación, basados en la aceptación cultural de estas prácticas en el país o el apoyo económico brindado a las/os menores y a sus familias, puesto que lejos de suponer una posible solución a sus problemas, aumentan su vulnerabilidad y dependencia. Es necesario concienciar sobre qué es lo que se consume y dejar claro que todo contacto sexual con menores es inaceptable, exista o no, cualquier tipo de intercambio. Esta labor de concienciación puede realizarse en espacios formales, como los centros de educación secundaria o centros universitarios, pero también en espacios más informales, como asociaciones de vecinos/as, bibliotecas u otras asociaciones de barrio. Todos los niños y niñas merecen crecer en un mundo libre de explotación sexual, y por ello, actuar contra el turismo sexual de menores no es una opción, es una necesidad.

### **Referencias Bibliográficas**

Aguilar González, Laura A. “La explotación sexual comercial infantil (ESCI) en el turismo: Análisis del turismo sexual internacional que afecta a la niñez”. *PASOS, Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, 2005, 3 (Nº1), pp. 207-210.

---

<sup>37</sup> Sánchez Díaz, Elena. “¿Todo incluido? Rutas hacia lo prohibido. Una aproximación teórica a la figura del turista consumidor de sexo infantil”. *Periferia*, 2013, 18 (Nº2), pp. 175-199.

- Araya Castelli, Denisse y Retuerto Mendaña, Iria. *Manifestaciones locales de la Explotación Sexual Comercial de Niñas, Niños y Adolescentes en Chile. Dinámicas, Espacios y Género*. Santiago de Chile: ONG Raíces, 2010.
- Camacho Ordoñez, Leidy Bibiana y Trujillo González, María Angélica. “La explotación sexual comercial infantil: una ganancia subjetiva”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2009, 2 (Nº7), pp. 1009-1025.
- Counter Pedophilia Investigative Unit. “Turismo sexual Infantil” [en línea]. <<http://www.cpiu.es/turismo-sexual-infantil>> [24 febrero 2016].
- ECPAT International. *Combatiendo al turismo sexual con niños y adolescentes. Preguntas frecuentes*. Tailandia: ECPAT, 2008a.
- *Protegiendo a los niños de la explotación sexual en el turismo*. Tailandia: ECPAT, 2008b.
- *Informe global de monitoreo de las acciones en contra de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*. Bangkok: ECPAT Internacional, 2012.
- *Offenders on the move: Global Study on Sexual Exploitation of Children in Travel and Tourism*. Tailandia: ECPAT Internacional, 2016.
- ECPAT-SPAIN. “Promoción del Código de Conducta para la Protección de los Niños en el Turismo y en los Viajes” [en línea]. <<http://www.ecpat-spain.org/programas.asp>> [24 febrero 2016].
- FAMPI-ECPAT. *La explotación sexual infantil en los viajes y el turismo. Una aproximación para profesionales del sector turístico*. Madrid: FAMPI-ECPAT, 2012.
- Gaitán Muñoz, Lourdes (coord.) *La infancia en cifras*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Política Social, 2009.
- Helfer, Ray E. y Kempe, C. Henry. (eds.). *Child abuse and neglect: The family and the community*. Cambridge, MA: Ballinger, 1976.
- Honeyball, Mary. “Informe sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género. Comisión de Derechos de la mujer e igualdad de género” [en línea]. Parlamento Europeo, 2013.  
<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=->

- [//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0071+0+DOC+XML+V0//ES](#)> [24 febrero 2016].
- Jouen, Frederic y Zielinski, Seweryn. “La explotación sexual comercial de menores en los destinos turísticos. Conocimientos, actitudes y prevención de los prestadores de servicios turísticos en Taganga, Colombia”. *Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, 2013, 11 (Nº1), pp.121-134.
- MITUR y UNICEF. “Manual para la prevención de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes desde el sector turismo” [en línea], 2011. <[http://www.unicef.org/republicadominicana/MANUAL\\_ESC\\_Turismo\\_IMP\\_RENT-18-11-2011.pdf](http://www.unicef.org/republicadominicana/MANUAL_ESC_Turismo_IMP_RENT-18-11-2011.pdf)> [24 febrero 2016].
- Montes López, Estrella y Gutiérrez García, Andrea. “Niñez y género: doble vulnerabilidad ante la explotación sexual comercial”. En Gallardo Rodríguez, Almudena (coord.). *Desigualdad y violencia en un contexto de crisis generalizada*. Granada: Comares, 2016 (en prensa).
- Navarro, Carolina. *Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales CAVAS Metropolitano: 16 años de experiencia*. Santiago de Chile: Policía de Investigaciones de Chile, 2013.
- O' Brian, Muireann, Grillo, Milena y Barbosa, Helia. *La Explotación Sexual Comercial de niños, niñas y adolescentes en el Turismo*. Río de Janeiro: ECPAT Internacional, 2008.
- OIT. “C182 - Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil” [en línea], 1999. <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312327](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312327)> [24 febrero 2016]
- ONU. “Código Ético Mundial Para el Turismo” [en línea], 2001. <<http://dtxtq4w60xqpw.cloudfront.net/sites/all/files/docpdf/gcetbrochureglobalcodees.pdf>>[24 febrero 2016]
- Sánchez Díaz, Elena. “¿Todo incluido? Rutas hacia lo prohibido. Una aproximación teórica a la figura del turista consumidor de sexo infantil”. *Periferia*, 2013, 18 (Nº2), pp. 175-199.
- Save the Children. *Sistematización de las iniciativas regionales para la prevención del Turismo Sexual Infantil en América Latina: Hacia una estrategia regional*. Lima: Save The Children, 2005.

- UNICEF. “Campaña contra la explotación sexual comercial infantil en los viajes” [en línea], 2005a. <[https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CD\\_nohayexcusas.pdf](https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CD_nohayexcusas.pdf)> [24 febrero 2016]
- *Prevención de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes: Contribuyendo a un Turismo Sostenible en Centroamérica*. Panamá: UNICEF Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2005b.
- “Actitud de la sociedad española ante la práctica de la explotación sexual comercial infantil en los viajes” [en línea], 2006. <<http://www.laverdad.es/RC/200701/17/Media/unicef.pdf>> [24 febrero 2016]
- “Explotación sexual comercial de la Infancia” [en línea], 2014. <<http://www.campus89.es/wp-content/uploads/2014/03/documento-informativo-explotacion-sexual-comercial-infancia.pdf>> [24 febrero 2016]

# A NOVA SEMÂNTICA DO DISCURSO SOBRE O ESTUPRO E SUA EFICÁCIA SOCIAL

## NEW SEMANTICS OF SPEECH ON RAPE AND ITS EFFECTIVENESS SOCIAL

Anelyse Santos de Freitas  
*Universidade de Salamanca*

**Resumo:** O presente trabalho tem como tema principal refletir sobre a eficácia social do combate ao conflito gerado perante a sociedade brasileira pelo crime de estupro, violência que, segundo dados do 9º Anuário de Segurança Pública, fez, somente em 2014, 47,6 mil vítimas no País. Com a revelação de dados tão alarmantes, fica explícito o caráter urgente da implementação de medidas de controle e proteção. Buscando refletir sobre o discurso que parece apresentar maior eficácia social no que diz respeito à diminuição desse quadro violento, parte-se da hipótese de que o discurso feminista é o mais eficaz como método de combate dessa mazela social. Pretende-se demonstrar que o Brasil vem apresentando um deslizamento dos efeitos de sentido produzidos pelo discurso jurídico e sua aceção normativa, antes mais utilizados do que o discurso feminista atualmente em vigor na sociedade. Postulamos, portanto, que o crime de estupro vem deixando de ser “encenado” por meio do discurso jurídico, que foca principalmente no aspecto criminoso do ato e em suas respectivas implicações penais, e vem passando a se pautar pelos enunciados produzidos pelas próprias mulheres, potenciais alvos dessa violência. Como procedimento metodológico, utilizar-se-á a Análise do Discurso de orientação francesa, a partir dos estudos desenvolvidos por Dominique Maingueneau.<sup>1</sup> Por meio da análise de textos verbo-visuais divulgados na mídia brasileira nos últimos cinco anos, apresentar-se-ão os modelos semânticos dos respectivos discursos acolhidos pela sociedade como meio de comunicação para combater a violência do estupro nesse período. Os resultados do presente estudo apontam para a possibilidade de se considerarem tais enunciados provenientes dos discursos feministas mais eficazes ao convencimento social do que aqueles caudatários do discurso jurídico – o qual, embora ressalte o caráter criminal do referido conflito, parece ineficaz, por não estar centrado na figura da mulher, na sua própria conscientização e na conscientização da sociedade como um todo.

**Palavras-chave:** Violência, Estupro, Discurso jurídico, Discurso feminista, Eficácia social.

**Abstract:** This work has as main theme the reflect on the social effectiveness of the fight against conflict generated before the Brazilian society for the crime of rape, violence that according to data of the 9th Yearbook of Public Safety, made only in 2014, 47,600 victims in the country. With the revelation of such alarming data, it is explicit the urgency of implementing control and protection measures. Seeking to reflect on the discourse that seems to present greater social effectiveness with regard to the reduction of this violent context, we start from the assumption that feminist discourse is the most effective method to combat this social illness. We intend to show that Brazil has had a slip of the effects of meanings produced by the legal discourse, and its normative sense, before most used in relation to feminist discourse, currently in force in society. We postulate, therefore, that the crime of rape is ceasing to be “staged” by the legal discourse, which mainly focuses on the criminal side of the act and their criminal implications and is going to be guided by

---

<sup>1</sup> Maingueneau, Dominique. *Novas tendências em análise do discurso*. 3. ed. Campinas, São Paulo: Pontes, 1997; ÍD.: *Análise de Textos de Comunicação*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2013; ÍD.: *Discurso e Análise do Discurso*. Trad. Sírio Possenti. São Paulo: Parábola Editorial, 2015.

the statements made by the women themselves, potential targets of that violence. As methodological procedures, it will be used the analysis of the French orientation speech, from the studies developed by Dominique Maingueneau.<sup>2</sup> Through the analysis of verbal-visual texts published in the Brazilian media in the last five years, it will be presented semantic models of their speeches welcomed by society as means of communication to combat the violence of rape in this period. The results of this study point to the possibility of considering such statements from the most effective feminist discourses to social convincing than those flunkies of legal discourse, which, though highlight the criminal nature of such conflict, it seems ineffective for not being focused the figure of the woman, her own awareness and society as a whole.

**Keywords:** Violence; rape, Legal discourse, Feminist discourse, Social effectiveness.

## 1. Introdução

A partir da análise de enunciados extraídos de dois diferentes gêneros discursivos – a saber, o discurso jurídico e o discurso feminista –, o presente trabalho tem como principal objetivo refletir sobre qual deles parece apresentar maior eficácia social no combate ao crime de estupro, violência prevista na legislação penal brasileira, que considera crime qualquer ato libidinoso praticado contra a vontade da vítima ou contra alguém que, por qualquer motivo, não pode oferecer resistência.<sup>3</sup>

Originalmente, este artigo surge em consequência de uma iniciativa tanto de natureza pessoal quando acadêmica, posto que, não bastasse o meu interesse pelo tema, tive a oportunidade de passar a observá-lo ainda durante a minha imersão em um curso de extensão intitulado “Análise do Discurso: o que é e como se faz? Leitura e Escrita”, promovido pela Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Cogeae/PUC-SP).

Como doutoranda da Universidade de Salamanca e já tendo obtido algumas informações acerca do que a Análise do Discurso contempla como disciplina, vislumbrei a possibilidade de trabalhar em uma tese na qual essa abordagem pudesse ser aplicada. Concomitantemente a esse primeiro contato mais efetivo com a Análise do Discurso, ao longo do curso fui me apercebendo do quanto o discurso de uma sociedade pode referenciar o seu pensamento, a sua cultura e as suas estratégias de atuação a

---

<sup>2</sup> *Ibidem.*

<sup>3</sup> Brasil. Decreto-Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei n.º 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores [em linha]. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 ago. 2009. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/112015.htm)> [12 agosto 2016].

respeito de um conflito social, ao mesmo tempo que também pode se revelar como uma ferramenta eficaz de convencimento com vistas ao controle, ao combate e/ou à diminuição de conflitos originados pela violência.

Foi assim que, articulando um tema de meu interesse aos conhecimentos adquiridos no estudo da Análise do Discurso de tradição francesa, detive-me em um trabalho de conclusão de curso no qual pude dissertar sobre o discurso adotado nos últimos anos para controlar ou diminuir os índices de estupro no País, depreendendo daí um deslizamento no gênero discursivo que vinha sendo colocado em circulação e que deu origem a este artigo.

Mais especificamente, ocorre que, ao iniciar minha pesquisa, pude verificar que há muito o Brasil vinha se apropriando do discurso jurídico (acerca do qual discorrerei um pouco mais no item 3) para combater o estupro no País, tendo, para tanto, elaborado e promulgado várias legislações penais que embasaram igualmente várias decisões judiciais – decisões essas que podem ser tomadas como enunciados que se contextualizaram naquele gênero discursivo. Nos últimos meses, porém – e sobretudo após vários episódios de estupros coletivos ocorridos em diversas regiões do território nacional –, uma pesquisa no *site* de buscas do Google possibilitou-me a constatação de que, no combate mais recente ao crime de estupro, a sociedade brasileira passou a se apropriar de enunciações, imagens, campanhas e mídias características do discurso reconhecido como feminista, cuja definição também registrarei oportunamente no item 3.

## **2. O estupro no atual contexto sócio-histórico brasileiro**

Até o ano de 2009, o estupro no Brasil ainda era tratado pela lei como um crime de ação privada contra os costumes. Nas palavras de Menicucci,<sup>4</sup> o que constituiria crime seria a “agressão à sociedade por intermédio do corpo feminino. É como se o homem (pai ou marido) fosse tocado em sua integridade moral pela violência sexual vivenciada pela mulher”. Contudo, tal tipificação era um contrassenso diante da igualdade de gêneros trazida pela Constituição de 1988 e guiada pelo movimento feminista dos anos 70 e 80.

---

<sup>4</sup> Menicucci, T. M. G. *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005, p. 377.

De acordo com Maggio,<sup>5</sup> toda pessoa humana, independentemente do seu sexo, tem o direito de exigir respeito em relação à sua vida sexual, assim como também tem a obrigação de respeitar as opções sexuais alheias. Foi a partir da sanção da Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009, que o estupro passou a ser um crime contra a dignidade e liberdade sexual. Portanto, somente nos últimos anos o legislador reconheceu explicitamente a dignidade e a liberdade sexual como um bem jurídico protegido.

É importante ressaltar que a regra acima citada atualizou a lei penal brasileira no intuito de aperfeiçoar o combate à prática do estupro. O artigo 213 do Código Penal antes definia como crime a ação de “constranger mulher, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal”. E, desde então, passou a definir: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.<sup>6</sup>

A sanção imposta restou estatuída como: pena de seis a dez anos de reclusão para a conduta tipificada no *caput* e de oito a 12 anos de reclusão, prevista em seu parágrafo primeiro, aplicável nas hipóteses em que a vítima for maior de 14 anos e menor de 18 anos de idade. E, finalmente, em seu parágrafo segundo, estabeleceu a pena de reclusão de 12 a 30 anos nos casos que resultarem em morte – diferentemente, portanto, da versão anterior, na qual só existia a reclusão de seis a dez anos.

Apesar da referida estratégia de criminalização e punição, o estupro ainda permanece com um dos mais altos índices de violência na sociedade brasileira. Segundo dados do 9º Anuário de Segurança Pública,<sup>7,8</sup> somente em 2014 foram registradas 47,6 mil vítimas de estupro no País. No Brasil, estima-se que uma mulher seja abusada sexualmente a cada 11 minutos. Já na Itália, a Organização Mundial da Saúde (OMS) calculou que, durante o ano de 2014, uma mulher foi morta a cada dois dias. E as cifras são ainda mais assustadoras quando analisadas no âmbito internacional: estimativas da

---

<sup>5</sup> Maggio, Vicente de Paula Rodrigues. “Estupro e suas particularidades na legislação atual” [em linha]. *JusBrasil*, 2013. <<http://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942479/o-estuproesas-particularidades-na-legislacao-atual>> [12 agosto 2016].

<sup>6</sup> Brasil. Decreto-Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera...

<sup>7</sup> Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* [em linha], ano 9, 2015. <[http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario\\_2015.retificado.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado.pdf)> [12 agosto 2016].

<sup>8</sup> Voltado ao monitoramento de instituições e políticas de segurança pública, com o objetivo de consolidar e difundir o conhecimento produzido sobre o tema no Brasil e incentivar a avaliação como prática de gestão e formulação de estratégias no setor, o Anuário de Segurança Pública é uma produção do Fórum Brasileiro de Segurança Pública – uma organização não governamental que tem como missões principais a promoção do intercâmbio, da cooperação técnica para o aprimoramento da atividade policial e da gestão da segurança pública no Brasil.

Organização das Nações Unidas (ONU) apontam que sete em cada dez mulheres serão abusadas em algum momento de sua vida.<sup>9</sup>

Nesse contexto, ainda é preciso considerar que as estatísticas podem ser ainda maiores. Isto porque, conforme a Nota Técnica n.º 11 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)<sup>10</sup> em 2014, estima-se que, a cada ano no Brasil, 0,26% da população sofre violência sexual – o que indica que haja, anualmente, 527 mil tentativas ou casos de estupros consumados no País. Deste total, entretanto, apenas 10% são reportados à polícia, o que demonstra que as vítimas chegam às instâncias de saúde do Estado sem levar muitos dos casos à via policial ou mesmo judicial. E, entre os possíveis fatores para que as autoridades não sejam notificadas desses crimes, Teixeira<sup>11</sup> ressalta que, “apesar de todas as transformações sofridas pela sociedade moderna, ainda existem diversos obstáculos para as mulheres realizarem a denúncia”, como, por exemplo, a vergonha que sentem em delatar uma ocorrência dessa natureza. Além disso, segundo Figueiredo,<sup>12</sup> “tanto o tratamento policial quanto o judicial dado às mulheres que denunciam o estupro revela a presença de sexismo, discriminação e estereótipos sobre homens, mulheres e relações de gênero”.

Para finalizar essa contextualização, não seria possível deixar de evidenciar uma das conclusões registradas na própria Nota Técnica do Ipea:<sup>13</sup> do total de casos de estupros registrados pelo Ministério da Saúde do Brasil, 15% foram cometidos por duas ou mais pessoas. O quadro, portanto, revela uma grave doença coletiva, de uma sociedade em estágio pré-civilizatório. Não por acaso, o relatório assinala que o desenvolvimento social e a garantia de direitos básicos passam pela superação do quadro de violações sexuais – o que impõe enormes desafios ao Estado Brasileiro.

---

<sup>9</sup> Ansa. “Crimes levam Brasil e Itália a debater 'cultura do estupro” [em linha]. *Jornal do Brasil*, 13 de junho de 2016. <<http://www.jb.com.br/internacional/noticias/2016/06/13/crimes-levam-brasil-e-italia-a-debater-cultura-do-estupro/>> [12 agosto 2016].

<sup>10</sup> O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) é uma fundação pública federal vinculada ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Suas atividades de pesquisa fornecem suporte técnico e institucional às ações governamentais para a formulação e reformulação de políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiros.

<sup>11</sup> Teixeira, Ivânia dos Santos. *(Im)possibilidade jurídica de configuração do crime de estupro na relação conjugal* [em linha], 2015. <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.im-possibilidade-juridica-de-configuracao-do-crime-de-estupro-na-relacao-conjugal.53329.html>> [12 agosto 2016].

<sup>12</sup> Figueiredo, Débora de Carvalho. “Discurso, gênero e violência: uma análise de representações públicas do crime de estupro” [em linha]. *Language and Law / Linguagem e Direito*, 2014, 1, pp. 141-158. <[ler.letradas.up.pt/uploads/ficheiros/12689.pdf](http://letradas.up.pt/uploads/ficheiros/12689.pdf)> [4 agosto 2016].

<sup>13</sup> Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Crianças e adolescentes são 70% das vítimas de estupro* [em linha]. 27 de março de 2014. <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=21848](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21848)> [12 agosto 2016].

### 3. O estupro como violência de natureza histórica: perspectivas teóricas

Em 2002, pela primeira vez, a OMS se pronunciou em relação à violência de forma mais contundente do que a que vinha adotando até então, quando apenas classificava os efeitos desse fenômeno ou realizava análises e fazia recomendações esporádicas sobre o assunto. Para tanto, ela divulgou o Relatório Mundial sobre Violência e Saúde, no qual define o problema como uso intencional da força física – ou do poder real ou em ameaça – contra si próprio, contra outra pessoa ou contra um grupo ou uma comunidade que resulte – ou tenha qualquer possibilidade de resultar – em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação.<sup>14</sup>

Segunda a pesquisadora brasileira Débora de Carvalho Figueiredo,<sup>15</sup> a partir de uma perspectiva sociológica, podemos dizer que os problemas sociais, como a violência, não são apenas reflexo de condições objetivas: eles são também socialmente definidos, sendo que a violência é um dos aspectos da existência humana que mais preocupam, uma vez que supõe uma ruptura com a ordem natural que deve ser estabelecida.

Para Maffesoli,<sup>16</sup> a violência faz parte de um duplo movimento de destruição e construção, pois é reveladora de uma desestruturação social e invoca uma nova construção.

Partindo do princípio de que o estupro “está enraizado na agressão e no desejo de dominação”<sup>17</sup> – geralmente no desejo de dominar os mais fracos e mais vulneráveis, como, por exemplo, as crianças –, pode-se afirmar que a violência gerada pelo estupro é um conflito social que há muito vem sendo evidenciado na sociedade brasileira, e como tal também vêm sendo buscados meios de combatê-lo e/ou controlá-lo no intuito de se garantir uma vida humana mais digna, justa e em paz.

Assim, partindo da hipótese de que o discurso é uma ferramenta que vem sendo utilizada pela sociedade brasileira para combater a violência causada pelo estupro que tanto compromete o bem-estar, a segurança e a paz social, passarei a uma apreciação teórica com a qual possa melhor explicar e relacionar esses temas.

---

<sup>14</sup> Krug, E. G. *et al.* (org.). *Relatório mundial sobre violência e saúde*. Geneva: Organização Mundial da Saúde, 2002.

<sup>15</sup> Figueiredo, Débora de Carvalho. “Discurso, gênero e violência...”.

<sup>16</sup> Maffesoli, Michel. *Dinâmica da Violência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Edições Vértice, 1987.

<sup>17</sup> Figueiredo, Débora de Carvalho. “Discurso, gênero e violência...”.

### 3.1 O estupro numa abordagem discursiva: dos efeitos de sentido aos efeitos sociais

Assim como já antecipei na introdução deste trabalho, neste artigo serão mobilizados alguns conceitos tomados da Análise do Discurso de origem francesa, disciplina que se radica na ideia de que a linguagem é um mero suporte para a transmissão de informações e na adoção de uma concepção de linguagem que a considera como um instrumento que permite a construção e a transformação das relações entre interlocutores, seus enunciados e seus referentes.<sup>18</sup>

Mais especificamente, Maingueneau<sup>19</sup> define a Análise do Discurso como “uma disciplina que tem como maior interesse relacionar a estruturação dos textos aos lugares sociais que os tornam possíveis e que eles tornam possíveis”, ou seja, não há como se falar em Análise do Discurso sem relacionar enunciados, falas, mídias etc. ao contexto sócio-histórico nos quais eles são produzidos.

Nessa linha teórica, a linguagem limita e restringe o que podemos ser, o que podemos dizer e em que podemos acreditar.<sup>20</sup> Posto que os sistemas de valores e as relações sociais operam basicamente por meio da linguagem, essas três fontes da subjetividade estão intimamente ligadas. Nesse sentido, pode-se dizer que “o discurso não só reflete e representa a sociedade, mas também a significa, constrói e modifica. E um dos efeitos constitutivos do discurso pode ser visto na criação e na modificação de identidades sociais”.<sup>21</sup> Em outras palavras: o discurso é uma ferramenta significativa de organização social, podendo influenciar diretamente na convivência humana.

Se aplicada a uma veia linguística a noção de que os problemas sociais são socialmente definidos, pode-se depreender que, seja pela mídia, seja pela lei, seja pela família, a construção discursiva de um problema como a violência do estupro exerce uma forte influência na forma como esse tipo de violência é visto e na forma como agressores e vítimas são tratados.

Por acreditar que um dos modelos de combate que a sociedade contempla como modo de convencimento e controle do estado violento pode se dar por meio de ferramentas discursivas (como a linguagem), o presente trabalho apresenta dois tipos de discursos operacionalizados na sociedade brasileira para “frear” as violações causadas pelo estupro, demonstrando que houve um deslizamento em sua semântica discursiva e,

<sup>18</sup> Maingueneau, Dominique. *Novas tendências...*

<sup>19</sup> Maingueneau, Dominique. *Discurso e Análise...*, p. 47.

<sup>20</sup> Lees, S. *Ruling Passions: sexual violence, reputation and the law*. Buckingham: Open University Press, 1997.

<sup>21</sup> Figueiredo, Débora de Carvalho. “Discurso, gênero e violência...”.

a partir disso, buscando promover um debate sobre o tipo de discurso que pode apresentar uma maior eficácia social.

Partindo do que afirma Maingueneau,<sup>22</sup> para se interpretar um texto é necessário mais do que o conhecimento da linguística, sendo indispensável analisar o contexto – o que nos leva a concluir que toda interpretação de texto depende da compreensão da semântica de sua cena de enunciação, na qual o discurso se produz.

Desse modo, tem-se a *cena englobante*, responsável pela definição do tipo de discurso, a *cena genérica*, que se refere ao gênero no qual esse discurso circula, bem como a *cenografia*, que se traduz pelo ambiente proporcionado para que o discurso se dê e seja mais bem-entendido. Como ressalta Maingueneau<sup>23</sup> acerca da *cenografia*, “[...] ao mesmo tempo é a fonte do discurso e aquilo que ele engendra”.

É nesse sentido que, analisando os discursos das figuras que reproduziremos no próximo item, bem como suas diferentes *cenagens genéricas* e *cenografias*, é possível afirmar que se processou uma significativa mudança na *cena englobante* e nas *cenografias* do discurso sobre o estupro, que passou de um tipo de discurso jurídico para um discurso do tipo essencialmente feminista.

#### **4. Do discurso jurídico ao feminista: o combate ao estupro analisado por meio de cenas genéricas e cenografias**

Em verificando que ao longo dos últimos dois anos vem ocorrendo uma mudança semântica no discurso sobre o estupro, este trabalho se utiliza da análise das imagens expostas abaixo para demonstrar que o discurso sobre o estupro deixou de ser “encenado” exclusivamente como um discurso jurídico e passou a fazer parte do discurso feminista, tomando como ponto principal a figura da vítima.

---

<sup>22</sup> Maingueneau, Dominique. *Análise de Textos...*, p. 33.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 122.

Figura 1.

Imagem relacionada à alteração da lei penal brasileira que ocorreu em 2009 referente ao crime de estupro em território nacional



Figura 2.

Imagem relacionada à manifestação de um grupo de mulheres em ato de combate ao estupro após o crime ocorrido no Estado do Piauí.



A Figura 1 data de 30 de março de 2014 e foi veiculada no blogue Monólogo Interativo, que busca debater temas diversos da atualidade sob a coordenação de Elizangela Vieira, Rafael Cruz e Fernando Monteiro, o responsável pela postagem em questão.

A referida imagem sugere que a *cena englobante* está situada no discurso jurídico, uma vez que veicula palavras extraídas diretamente do Código Penal Brasileiro, artigo 213, que tipifica o crime de estupro na legislação criminal brasileira, além do próprio título do texto – “Estupro é crime hediondo – mesmo sem morte ou lesão grave” –, que ratifica a tipologia da mensagem, além do seu gênero que enuncia a norma.

Ainda em relação à Figura 1, pode-se também considerar que as cores escuras e sombrias que predominam na imagem, incluindo-se ainda aí a figura de uma mulher cujas pernas com meias pretas demonstram que está subjugada, constroem uma *cenografia* que valida o caráter jurídico do texto, que tem por objetivo principal demonstrar o lado penal do ato de estuprar, sua tipificação legal e suas consequências, no intuito de evitar que esse crime continue a ocorrer na sociedade brasileira.

A Figura 2, por sua vez, data de 24 de maio de 2016 e fez parte da matéria veiculada no portal de notícias e entretenimento em geral chamado olho.com.br, escrita pela sua editora-chefe e também jornalista Sávila Barreto sob o título: “Todas as mulheres são vítimas: as lições que não aprendemos sobre o estupro em Castelo do Piauí” – ocorrência esta que retomarei pouco mais adiante.

É importante ressaltar que, mesmo tendo sido extraídos apenas o título e a foto da matéria já mencionada, é possível comparar as diferenças semânticas dos discursos cujas imagens enunciativas são aqui analisadas. No caso, tomando como *cena englobante* o tipo de discurso feminista, a enunciação da Figura 2 abusa do gênero “panfletário”, no qual “pequenos textos” são escritos em cartazes e até mesmo nos próprios corpos dos enunciadores. Além disso, a imagem ainda se apropria de uma *cena validada* pela sociedade, que é a de “passeata de luta”, aqui engendrada por um grupo de mulheres que se pintam e escrevem seus “gritos de guerra” e suas “pautas” em seus próprios corpos, significando a marcha coletiva empreendida por elas para realizar protesto, reivindicação, manifestação de solidariedade etc., como fica muito bem-refletido no discurso disposto.

Para que fique bem claro o caráter feminista do discurso analisado na Figura 2, vale registrar, de modo bastante sintetizado, que o discurso feminista está associado a um movimento que desde o século XIX vem tomando lugar na sociedade contemporânea e que tem grande importância dentro do contexto que busca a igualdade de gêneros na história da humanidade.<sup>24</sup> Os movimentos feministas são movimentos intelectuais e teóricos que procuram desnaturalizar a ideia de que há uma diferença entre os gêneros, buscando, assim, o empoderamento da mulher e o fortalecimento de sua autonomia.

Ademais, cumpre explicitar que os discursos analisados se coadunam com a história da sociedade brasileira e sua relação com o conflito social causado pela violência do estupro. A Figura 1 está relacionada ao fato de que em 2009 alterou-se a lei penal brasileira sobre o estupro, e o artigo 213 do nosso Código Penal passou a tipificar a prática do delito de estupro para aquele que, mediante violência ou grave ameaça, constranger alguém a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, acabando, assim, com a diferenciação penal que existia anteriormente quanto à consumação ou não do ato.

Já a Figura 2 se coaduna com o fato ocorrido em maio deste ano na cidade de Bom Jesus, no Estado do Piauí, Região Nordeste do Brasil, quando veio a conhecimento o estupro coletivo cometido por quatro agressores contra uma adolescente de 16 anos. O crime culminou com a morte da jovem e, sem dúvida, chocou todo o País, chamando atenção para a figura da vítima em potencial desse tipo de violência – a mulher. Registros do Sistema de Informações de Agravo de Notificação do Ministério da Saúde (Sinan) demonstram que 89% das vítimas de estupro são do sexo feminino e possuem, em geral, baixa escolaridade.<sup>25</sup>

Tendo em vista que as duas imagens ora analisadas buscam reproduzir uma mensagem, ou seja, têm propósitos comunicativos que visam a combater e/ou fazer frente ao estupro, na presente análise é importante mencionar ainda a *cenografia* produzida por cada texto, que busca asseverar o convencimento do que se quer dizer por meio de suas respectivas *cenas de enunciação* – que, por sua vez, legitimaram seus respectivos sentidos.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Lisboa, Elder. *O gênero no direito internacional: discriminação, violência e proteção*. Paka-tatu: Belém, 2014.

<sup>25</sup> Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Crianças e adolescentes...*

<sup>26</sup> Maingueneau, Dominique. *Análise de Textos...*

Assim, na Figura 1, que remonta ao tempo em que se buscou combater o conflito do estupro mediante a mudança legislativa que alterou o Código Penal Brasileiro e redefiniu o tipo penal, suas penas e seu modo criminal, a imagem acompanha tal mudança e ressalta o que foi alterado naquela norma de modo textual, fazendo com que o leitor se projete até o texto legal e se situe na mudança da lei por intermédio das palavras-chave da enunciação em questão. Quanto à Figura 2, cujo contexto se situa no estupro coletivo cometido em maio deste ano, a enunciação propõe que o combate a esse tipo de violência deve se dar por meio do empoderamento da mulher.

Haja vista que, pela mídia, pela lei ou pela família, a construção discursiva de um problema como a violência contra a mulher exerce uma forte influência na forma como esse tipo de violência é visto e na forma como agressores e vítimas são tratados,<sup>27</sup> e em se tomando como base a comprovação de que as mulheres são as maiores vítimas do crime de estupro cometido no Brasil, não resta qualquer dúvida acerca de qual foco deve ser dado para o discurso que visa a combater esse quadro.

Figueiredo<sup>28</sup> ainda acrescenta que “o discurso jurídico sobre o estupro invoca com frequência mitos do imaginário popular sobre a mulher, tais como a boa mãe, a mulher casta, a mulher perdida, a mulher promíscua, a virgem, a esposa que perdoa etc., criando um retrato feminino plano e unidimensional” – modelos que apenas contribuem para estereotipar o papel feminino na sociedade, suas capacidades e recursos.

Ainda consoante Figueiredo,<sup>29</sup> “a forma como as mulheres percebem o fenômeno da violência de gênero e dos crimes sexuais tem um impacto direto em seu comportamento social”, de tal modo que, se elas virem a si mesmas como “coitadas”, “fracas” e desprovidas da igualdade de direitos perante a sociedade, seguramente serão “alvos” mais vulneráveis, expostos à violência e aos danos causados pelo estupro.

Portanto, identificar a mulher em todos os seus papéis, virtudes, problemáticas e funções não apenas é um caminho importante, mas que pode e deve ser construído por meio do discurso, a fim de que no seio da sociedade sejam disseminados enunciados de cunho mais heterogêneo e multifacetado, mudando o paradigma estereotipado sobre o gênero feminino – objetivo este que, segundo o que já foi exposto até aqui, será mais facilmente alcançado pelo discurso feminista.

---

<sup>27</sup> Figueiredo, Débora de Carvalho. “Discurso, gênero e violência...”.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

## 5. Conclusão

A luta pelo fim da violência social causada pelo estupro é uma iniciativa muito antiga da sociedade brasileira e mundial. A partir deste trabalho, porém, é possível afirmar que o discurso que visa a combater esse crime na sociedade brasileira vem passando por um deslizamento em sua semântica, procurando basear-se no discurso feminista em substituição ao discurso jurídico, que antes era o mais utilizado como ferramenta de combate social.

Juntamente a essa primeira observação, é possível deduzir, portanto, que o combate à violência do estupro passa a dispor de enunciados mais eficazes, inclusive porque, não obstante aplicado como instrumento de combate ao estupro, o discurso jurídico se encontra marcado por vícios sociais e culturais, cujas expressões são o preconceito e as discriminações contra as mulheres, acarretando o que se pode considerar uma “duplicação da violência de gênero”.<sup>30</sup> Afinal, ao utilizarem estereótipos e preconceitos discriminatórios em relação à mulher que é vítima de violência sexual, as instituições jurídicas estão, na verdade, julgando-as e condenando-as com base nesses critérios.<sup>31</sup>

Assim, se o que se deseja é combater a violência causada pelo estupro, mais do que um discurso jurídico que ressalte o caráter criminal do referido conflito, pode-se concluir como necessário – e, portanto, com mais eficácia social – o discurso feminista, focado na enunciação voltada para a figura da mulher (que é sua maior vítima), à sua própria conscientização e à conscientização dos demais quanto ao seu “direito” de não ser violentada.

## Referências Bibliográficas

Andrade, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Ansa. “Crimes levam Brasil e Itália a debater ‘cultura do estupro’” [em linha]. *Jornal do Brasil*, 13 de junho de 2016.

---

<sup>30</sup> Andrade, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>31</sup> Pimentel, Silvia; Schritzmeyer, Ana Lúcia P.; Pandjartjian, Valéria. *Estupro: crime ou “cortesia”? Abordagem sociojurídica do gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

<<http://www.jb.com.br/internacional/noticias/2016/06/13/crimes-levam-brasil-e-italia-a-debater-cultura-do-estupro/>> [12 agosto 2016].

Aranguren Vigo, Miren Edurne. “Cultura y violencia de género: una visión desde la investigación para la paz”. En Marchal Escalona, Antonio Nicolás (coord.). *Manual de lucha contra la violencia de género*. Navarra: Arazandi, 2010, pp. 101-102.

Brasil. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 [em linha]. *Código Penal*. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> [12 agosto 2016].

----- Decreto-Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei n.º 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores [em linha]. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 ago. 2009. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm)> [12 agosto 2016].

Figueiredo, Débora de Carvalho. “Discurso, gênero e violência: uma análise de representações públicas do crime de estupro” [em linha]. *Language and Law / Linguagem e Direito*, 2014, 1, pp. 141-158. <[ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/12689.pdf](http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/12689.pdf)> [4 agosto 2016].

----- “Discurso, corpo e cidadania em acórdãos sobre o aborto” [em linha]. *Polifonia*, 2016, 23, pp. 110-129. <<http://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/polifonia/article/view/3863>> [4 agosto 2016].

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* [em linha], ano 9, 2015. <[http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario\\_2015.retificado.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado.pdf)> [12 agosto 2016].

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Crianças e adolescentes são 70% das vítimas de estupro* [em linha]. 27 de março de 2014. <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=21848](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21848)> [12 agosto 2016].

- Krug, E. G. *et al.* (org.). *Relatório mundial sobre violência e saúde*. Geneva: Organização Mundial da Saúde, 2002.
- Lees, S. *Ruling Passions: sexual violence, reputation and the law*. Buckingham: Open University Press, 1997.
- Lisboa, Elder. *O gênero no direito internacional: discriminação, violência e proteção*. Paka-tatu: Belém, 2014.
- Maffesoli, Michel. *Dinâmica da Violência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Edições Vértice, 1987.
- Maggio, Vicente de Paula Rodrigues. “Estupro e suas particularidades na legislação atual” [em linha]. *JusBrasil*, 2013. <<http://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942479/o-estuproesuas-particularidades-na-legislacao-atual>> [12 agosto 2016].
- Maingueneau, Dominique. *Novas tendências em análise do discurso*. 3. ed. Campinas, São Paulo: Pontes, 1997.
- *Análise de Textos de Comunicação*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2013.
- *Discurso e Análise do Discurso*. Trad. Sírio Possenti. São Paulo: Parábola Editorial, 2015.
- Menicucci, T. M. G. *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.
- Minayo, Maria Cecília de Souza. “Conceitos, teorias e tipologias de violência: a violência faz mal à saúde” [em linha]. *Londrina*. <[http://www1.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/sec\\_mulher/cap\\_acitacao\\_rede%20/modulo\\_2/205631-conceitos\\_teorias\\_tipologias\\_violencia.pdf](http://www1.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/sec_mulher/cap_acitacao_rede%20/modulo_2/205631-conceitos_teorias_tipologias_violencia.pdf)> [3 agosto 2016].
- Pimentel, Silvia; Schritzmeyer, Ana Lúcia P.; Pandjarian, Valéria. *Estupro: crime ou “cortesia”? Abordagem sociojurídica do gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- Scollon, R. “Handbills, tissues and condoms: a site of engagement for the construction of identity in public discourse”. *Journal of Sociolinguistics*, 1997, 1, pp. 39-61.
- Teixeira, Ivânia dos Santos. *(Im)possibilidade jurídica de configuração do crime de estupro na relação conjugal* [em linha], 2015. <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,im-possibilidade-juridica-de-configuracao-do-crime-de-estupro-na-relacao-conjugal,53329.html>> [12 agosto 2016].



# DIREITOS HUMANOS: FAMÍLIA E O ABUSO SEXUAL INFANTO-JUVENIL

## HUMAN RIGHTS: FAMILY AND CHILD AND YOUNG SEXUAL ABUSE

Walfrido Menezes<sup>1</sup>  
*Faculdade Estácio do Recife*

**Resumo:** O projeto de extensão intitulado Gênero, Violência e Abuso Sexual realizado na Faculdade Estácio do Recife é o resultado do trabalho e compromisso social da Coordenação de Psicologia da instituição, em atuação junto às classes populares – famílias e jovens -, através da formação e transmissão de informações sobre educação sexual. O referido trabalho vem sendo desenvolvido desde 2005 e contemplou um grupo de jovens de Candeias, na cidade de Jaboatão dos Guararapes, Pernambuco, Brasil. São jovens meninas que foram retiradas temporariamente do seio familiar por serem vítimas do abuso. A atividade objetivou viabilizar uma ação de conscientização a respeito do abuso sexual de forma dinâmica e participativa, possibilitando aos participantes serem protagonistas de seus direitos. Os instrumentos utilizados como forma de viabilizar a discussão são os cds didáticos, slides, dinâmicas de grupo, cartazes, desenhos, cartilha etc. O abuso sexual foi aqui entendido como toda e qualquer violência praticada intrafamiliar ou no ambiente externo à família contra uma criança ou adolescente em situação de vulnerabilidade, no caso aqui presente, sendo imposta às suas possibilidades e desejos. Portanto, percebe-se que tais violências estão presentes no cotidiano das mulheres, o que expressa uma posição de exclusão de gênero em uma sociedade sexista. Para o rompimento do ciclo de violência, o presente projeto estabeleceu o elo de referência, permitindo momentos e situações de superação de agressividade, ódio, desamor, angústia e mal-estar; e, assim desenvolver e estimular o emponderamento e a resiliência no resgate da autonomia, afetividade, autoestima e aprendizagem saudável. Diante do exposto, podemos perceber a importância do projeto na vida dos participantes, bem como sua contribuição para a formação de novas percepções e atuações das adolescentes envolvidas na busca do resgate de sua autoestima e emponderamento. Foi possível também construir um conceito de autoproteção, quebrando o tabu do silêncio e do medo. As participantes ficaram mais fortes e conscientes de seus direitos e também da real violência que sofreram.

**Palavras chave:** Extensão; família; gênero; abuso, jovens.

**Abstract:** The extension project entitled “Gender, Violence and Sexual Abuse” at Estacio University of Recife is the result of work and social commitment of Psychology Coordinating of the college in action with neighbouring families and young people - through training and transmission information on sex education. This work is being developed since 2005 and watched a group of young people from Candeias, in Jaboatão dos Guararapes city, Pernambuco state, Brazil. They are young girls who were removed temporarily from the family environment to be victims of abuse. The activity aimed to facilitate an awareness action regarding sexual abuse dynamic and participatory manner, allowing participants to be protagonists of their rights. The instruments used in order to facilitate the discussion are the educational CDs, slides, group dynamics, posters, drawings, etc. Sexual abuse was understood here as any violence within the family or the environment outside the family against a child or adolescent in a vulnerable situation. In this case, the violence that was imposed on their abilities and desires. Therefore, it is clear that such violence are present in women's daily lives, which expresses a gender exclusion position in a sexist society. To break the cycle of violence, this project has set the reference link, allowing moments and situations to overcome aggression, hate, lack of love,

---

<sup>1</sup> Coordenador e Professor Titular II de Psicologia da Faculdade Estácio do Recife. Doutor (UFPE) e Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisas de Educação em Direitos Humanos, Diversidade e Cidadania (NEPEDH), Centro de Educação (UFPE). walfrido.menezes@estacio.br

anguish and malaise; and, thus develop and encourage the empowerment and resilience in the concept of autonomy, affectivity, self-esteem and healthy learning. Given the above, we can see the importance of the project on the participants' lives and its contribution to the implementation of activities involving teenagers in the rescue of their self-esteem and empowerment. It was also possible to build a concept of self-protection, breaking the taboo of silence and fear. The participants were stronger and more aware of their rights and also the real violence they suffered.

**Keywords:** Extension; family; genre; abuse; young.

## 1.Introdução

O presente artigo teve como objetivo viabilizar uma discussão a respeito de ações preventivas do abuso sexual na comunidade de Jaboatão dos Guararapes de forma dinâmica e participativa, possibilitando aos participantes serem protagonistas de suas questões, para a estruturação dos Direitos Humanos.

Por Direitos Humanos, Benevides<sup>2</sup> entende que:

são aqueles comuns a todos, a partir da matriz do direito à vida, sem distinção alguma decorrente de origem geográfica, caracteres de fenótipo, [...] de etnia, nacionalidade, sexo, faixa etária, presença de incapacidade física ou mental, nível socioeconômico ou classe social, nível de instrução, religião, opinião política, orientação sexual ou qualquer tipo de julgamento moral [...] decorrem do reconhecimento da dignidade intrínseca de todo ser humano.

Tomando como modelo esta concepção, o programa proposto para o projeto de extensão compreende as seguintes etapas: refletir sobre sexual, no contexto da violência sexual, os papéis de gênero e o abuso das jovens da comunidade de Jaboatão dos Guararapes, Pernambuco, Brasil. Os instrumentos utilizados para viabilizar a discussão são DVD didáticos, slides, dinâmicas de grupo, cartazes, desenhos, cartilha etc.

O projeto de extensão, vem sendo desenvolvido desde 2015, em várias comunidade circunvizinhas a Instituição, sendo uma comunidade beneficiada a cada ano, e tem como objetivo promover capacitações em torno do abuso sexual na comunidade de educadores/as sobre a sexualidade, gênero e o abuso sexual infanto-juvenil de forma dinâmica e participativa, possibilitando aos participantes serem a elaboração de planos de prevenção.

Por outro lado, podemos apontar que o projeto de extensão, anteriormente já

---

<sup>2</sup> Benevides, M. Direitos humanos: desafios para o século XXI. In Silveira, Rosa Maria Godoy (org.) *Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2007, p. 337.

realizado, voltou-se para a juventude, por conta disso, é preciso entender que se trata de uma fase nas quais implicam profundas transformações que vão do físico ao psicológico, estruturando-se e recebendo influência do e no social. Ela resulta em conflitos, diante da busca de identidade pessoal, social, sexual e de gênero. Partindo do pressuposto que esta fase vem impregnada de dúvidas e de ideias preconcebidas, nós elaboramos um projeto formativo e informativo em uma ótica educacional da sexualidade<sup>3</sup>.

Sexualidade é a essência da vida humana e engloba o conjunto de características biológicas, psicológicas e socioculturais que nos permitem compreender o mundo e vivê-lo através do nosso corpo e em torno do prazer saudável e harmonioso com a vida, enquanto pessoa.

Assim, entendemos a leitura da sexualidade numa visão biopsicossocial e cultural em um contexto político, ideológico e educacional, contemplada pela tríade: autonomia, autoestima e afetividade, uma vez que a formação da identidade de gênero possibilita ao indivíduo equilíbrio, conhecimento e consciência de si para saber lidar com seus desejos e chegar ao passo fundamental para o encontro e conhecimento do outro.

Por gênero, entendemos os comportamentos, hábitos, atitudes e posturas construídas socialmente, culturalmente e ideologicamente que servem para “orientar” como mulheres e homens devem se expressar no âmbito social de acordo com o sexo que lhe pertence. E, por último, o abuso sexual, para nós, é entendido como toda e qualquer violência praticada intrafamiliar ou externo a família, contra uma criança ou adolescente em situação de vulnerabilidade.

### **1.1. Justificativa e Relevância**

O projeto de extensão intitulado Gênero, Violência e abuso sexual realizado pela Faculdade Estácio do Recife é o resultado do compromisso social da Coordenação do Curso de Psicologia da Faculdade, que atua junto às classes populares, formação do entendimento do processo da sexualidade e a transmissão de informações, que vêm sendo desenvolvidos desde 2005, tendo como base os Direitos Humanos. Tais projetos contemplam os jovens das comunidades circunvizinhas à Instituição de Ensino situada no bairro de Candeias, na cidade de Jaboatão dos Guararapes, Pernambuco, Brasil. As vítimas de abuso sexual no contexto familiar atendidas pelo projeto são retiradas desse ambiente e colocadas em abrigos de proteção.

---

<sup>3</sup> Menezes, Walfrido. (2011). *Mulheres (in)visíveis: um estudo da representação social acerca da cidadania feminina*. São Paulo: Iglu, 2011.

O trabalho de transmissão de informação no que tange à sexualidade, sobretudo, ao abuso sexual juvenil, justifica-se em decorrência do alto índice da mesma junto à população infanto-juvenil. Uma pesquisa do Datasenado, realizada no ano de 2013 no país, aponta que mais de 13 milhões e 500 mil mulheres já sofreram algum tipo de agressão (19% da população feminina com 16 anos ou mais). Destas, 31% ainda convivem com o agressor. E pior: das que convivem com o agressor, 14% ainda sofrem algum tipo de violência, o que aponta para a falta de garantia pelo Estado e pela família dos Direitos Humanos.

Tais resultados, expandido para a população brasileira, implica em dizer que 700 mil brasileiras continuam sendo alvo de agressões. Essa pesquisa também indicou, a partir de seus dados que a violência sexual, apesar de ser uma das menos mencionadas, apresentou um índice de 12% das vítimas, quando em 2011 eram 4%. Portanto, percebe-se que tais violências estão presentes no cotidiano das mulheres, reforçando uma posição de exclusão d gênero, em uma sociedade sexista, o que aponta para a relevância do referido trabalho.

Tudo isso expressa a ausência dos Direitos Humanos, que tem imprescindível papel no processo de resgate da cidadania. No país, essa ambiguidade, como cita Benevides<sup>4</sup>, mostra que os direitos são concedidos não como prestações legítimas para cidadãos livres e iguais perante a lei, mas como benesses para protegidos e tutelados. Deixam de ser direitos para ser alternativas aos direitos. Portanto, não é reconhecido no país o direito do homem [da mulher] como soberania popular calcada nos princípios da liberdade e da igualdade.

Concessões, como alternativas a direitos, configuram a Cidadania passiva, excludente, predominante nas sociedades autoritárias ou antidemocráticas. Segundo Benevides<sup>5</sup>, nunca tivemos reformas sociais que objetivassem a Cidadania efetivamente democrática. Não foi modificado, no sentido democrático, o acesso à justiça, à segurança, à saúde, à educação etc.

Para Oliveira, o cidadão(ã) pleno(a) não é aquele(a) que só recebe o usufruto de sua plenitude, mas aquele(a) que forja a plenitude desse usufruto, e isso significa uma participação ativa no andamento da sociedade, na intervenção dentro do Estado, na criação de instituições. Cidadania não se restringe, a partir desse ponto de vista, à imagem liberal do cidadão individual que é depositário de todos os direitos. Ele é antes o criador, o ativador desses direitos.

Cidadania envolve o bem-estar biopsicossocial dos seres humanos em todos os seus aspectos de direitos e deveres para consigo e para com o coletivo, incluindo ser atendido pelo

---

<sup>4</sup> Benevides, M. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativas populares*. São Paulo: Ática, 1991.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

Estado de maneira ampla e irrestrita em termos de políticas públicas, com direito à participação, nessas políticas.

## 2. Fundamentação Teórica

Percebemos que as jovens ainda estruturam sua identidade enquanto sujeito, portanto essa ruptura entre o mundo adolescente e a entrada precoce no mundo adulto, através da violência e do abuso sexual termina por provocar uma desestruturação psicossocial que irá influenciar suas atitudes, visto que os(as) mesmos(as) ainda apresentam relações instáveis, em transformação.

Assim, surgem como objeto de análise do presente trabalho as variações significativas na vida das jovens, tais como: maior maturidade, passagem para o mundo adulto, maior socialização, bem como, o flerte, o ficar, o namoro etc.

Surgem dentre tantas situações, mudanças e desenvolvimento da vida e da sexualidade, alguns problemas graves, a exemplo do abuso sexual que, no Brasil, é uma questão bastante ampla e pouco estudada, tanto na teoria quanto na prática.

O abuso se configura em uma relação em que há desigualdade expressa nas relações de poder. Isto é, existe um dominante, normalmente um adulto, e um dominado submisso, no caso, uma criança ou um adolescente, que em geral atua de maneira passiva, uma vez que não consegue se contrapor ao poder exercido pelo outro, que mantém o controle através de opressão, de ameaças e até mesmo de premiações, diante da vulnerabilidade e pouco saber da criança ou adolescente. A vítima jovem é envolvida em um jogo de culpa e confusão, que resulta em um desequilíbrio na possibilidade de julgar, reagir ou denunciar, principalmente porque na maioria dos casos, o agressor é alguém de confiança dela e/ou vive dentro da mesma casa.

Os papéis se confundem, visto que o agressor ou é um membro direto da família ou é um conhecido em seu meio, e aquele que deveria ser o protetor se torna o abusador, seja por ação ou por omissão. Além do fato de que, quando o agressor é o pai ou padrasto, o abuso sexual resulta na confusão emocional e mental por parte da jovem e da própria mãe, que, em muitos casos, percebe a violência, mas se omite em cessá-la.

O abuso sexual infanto-juvenil intrafamiliar é também denominado incesto. Guerra e Azevedo<sup>6</sup> definem esse tipo de violência contra a criança como sendo uma “coação exercida por um adulto a ela ligado por laços de parentesco, afinidade ou responsabilidade, com o

---

<sup>6</sup> Azevedo, Maria Amélia; Guerra, Viviane Nogueira de Azevedo (coord.). *Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 196.

intuito de levá-la a participar de práticas eróticas”.

Há cinco formas de relações incestuosas: pai-filha; irmão-irmã; mãe-filha; pai-filho; mãe-filho<sup>7</sup>. Entretanto, vale ressaltar que a relação com tio, vô, primos, tia também é considerada incestuosa. Estas relações tendem a se perpetuar por um longo período. Os dados da UNICEF, o abusador é em 90% dos casos, homens, e as vítimas em proporção de 2 para 1 são mulheres. Como a maioria dos casos acontecem no ambiente doméstico, acredita-se que no Brasil menos de 10% dos mesmos cheguem às delegacias<sup>8</sup>. Diante desse cenário, muitas crianças ficam reféns do silêncio e presas ao agressor durante meses e até anos.

De acordo com Azevedo e Guerra<sup>9</sup> e Saffioti<sup>10</sup>, quando se trata de abuso sexual ocorrido no espaço doméstico e familiar, há uma maior predominância do homem como agressor e da mulher como vítima. Isso se dá pela cultura machista e patriarcal, que impõe a uma relação de dominação e posse do agressor homem em relação à vítima mulher. Assim, não podemos desconsiderar o contexto de gênero, uma vez que as jovens/meninas são as maiores vítimas do abuso sexual, o que ocorre, justamente, por elas estarem inseridas em um contexto patriarcal e androcêntrico.

No contexto de gênero, pudemos perceber, que enraizados, internalizados, processados e vivenciados pela maioria das mulheres e dos homens ao longo dos anos, a cultura patriarcal, sexista e androcêntrica se mantém, mesmo diante de novas atitudes e mudanças de comportamento resultantes das pressões dos movimentos sociais e feministas, principalmente a partir das décadas de 1970 e 1980, no Brasil.

A tudo exposto, Saffioti<sup>11</sup> aponta que hoje, apesar dos movimentos feministas e do declínio da cultura patriarcal/androcêntrica ocorridos nos últimos anos, ainda prevalece o domínio masculino no estabelecimento das leis e dos direitos, o que ocorre em função da pequena participação das mulheres nas instâncias decisórias, isto é, na elaboração de políticas públicas no contexto de gênero.

Portanto, a percepção de gênero é inserida em um modelo de submissão da mulher diante do homem, reflexo de um longo, permanente e exaustivo processo de opressões e

---

<sup>7</sup> Seabra, André Salame; Nascimento, Helena Maria. *Abuso sexual na infância*. Pediatría Moderna, 34(7), 395-415, 1998.

<sup>8</sup> Ribeiro, Márcia; Ferriani, Maria das Graças; Reis, Jair Naves. (coords.) *Violência sexual contra crianças e adolescentes: características relativas à vitimização nas relações familiares*. Cadernos de Saúde Pública, 20(2), 2004, 456-464.

<sup>9</sup> Azevedo, Maria Amélia; Guerra, Viviane Nogueira de Azevedo (coord.). *Pele de asno não é só estória...: um estudo sobre a vitimização sexual de crianças e adolescentes em família*. São Paulo: Roca, 1988.

<sup>10</sup> Saffioti, Heleieth. (1997). No fio da navalha: violência contra crianças e adolescentes no Brasil atual. In: Madeira, F. R. (Org.). *Quem mandou nascer mulher?* São Paulo: Rosa dos Tempos. p. 134-211.

<sup>11</sup> Saffioti, Heleieth. (2004). *Gênero, patriarcalismo, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

condicionamentos sociais, gerando a exclusão. O conceito de papéis de gênero refere-se ao conjunto de expectativas sociais sobre os comportamentos “adequados” e “claramente” distintos que a pessoa deverá manifestar, conforme o sexo a que pertence.

Os gêneros ao longo da história da humanidade, sempre foram pautados por relações que implicam uma constante desigualdade e segmentação entre o feminino e o masculino. Embora essas relações tenham passado por mudanças significativas a partir da segunda metade do século XX, com o avanço dos movimentos feministas, estas ainda não contemplam a totalidade do universo feminino. Portanto, frente a essa exclusão das mulheres ocorrem distorções de comportamento, medos e inseguranças de amplitudes significativas na esfera pessoal e coletiva, tendo em vista que não se tratam apenas de diferenças nas condições financeiras – essas existem sim – mas também de não ter acesso “ao viver plenamente” com dignidade, ter relações carinhosas e amorosas, isto é, a felicidade em ser sujeito participante e ser reconhecido como tal<sup>12</sup>.

## 2.2. Adolescência

A adolescência é uma fase da vida que implica profundas transformações que vão do físico – de ordem biológica na puberdade, com o aumento na produção dos hormônios sexuais – ao psicológico, estruturando-se e recebendo influência do e no social. Ela resulta em conflitos, diante da busca de identidade pessoal, social, sexual e de gênero. Do ponto de vista psicossocial, ampliam-se os sentimentos e as emoções; os adolescentes fogem das relações parentais e egocêntricas e passam a procurar relacionamentos em grupo, o que os auxilia na busca de sua identidade.

Nessa fase, tudo muda, não se é mais como se era na infância e, por conta disso, aparecem muitas dúvidas na adolescência. O indivíduo torna-se adulto/a, embora o grupo ache “que ainda é criança”. Surge, assim, uma ambivalência entre o ser criança, que deseja se divertir, e o ser adulto, que precisa assumir compromissos.

Diante desses aspectos, a adolescência caracteriza-se por apresentar comportamentos diferenciados, tais como: atitudes de inquietação, impulsividade, submissão, insegurança, introversão e/ou extroversão, frutos das transformações biopsicossociais.

---

<sup>12</sup> Menezes, Walfrido. (2011). *Mulheres (in)visíveis: um estudo da representação social acerca da cidadania feminina*. São Paulo: Iglu, 2011.

Assim, não se pode mais pensar na adolescência como uma fase de irresponsabilidade e imaturidade, de condutas turbulentas e dispersivas, pois a “adolescência é mais do que uma etapa estabilizadora. É um caminho no contexto da realidade humana”<sup>13</sup>.

Surgem, no contexto do presente trabalho, as variações significativas na vida das jovens, tais como: maior maturidade, passagem para o mundo adulto, maior socialização, bem como, o flerte, o ficar, o namoro etc.

Nesse contexto, passa a existir dentre tantas situações, questões não saudáveis, na sexualidade, tal como o surgimento de problemas graves, a exemplo do abuso sexual que, no Brasil, é uma questão bastante ampla e pouco estudada, tanto na teoria quanto na prática.

### **2.3. Sexualidade, Gênero e o Abuso Sexual**

Trabalhar tal temática implicou em vários contextos e em pensar a juventude inserido em um processo psicossocial, educacional, familiar, cultural, ideológico, político etc. Isso porque ocorrem constantes implicações emocionais, que são marcantes nessa fase, visto que os/as adolescentes ainda não elaboraram suficientemente seus afetos – devido às características do seu desenvolvimento psicológico anteriores aos 12 anos passarem por uma fase bastante egocêntrica, como nos mostrou Freud em seus “Três Ensaios Sobre a Teoria da Sexualidade Humana”. Ficam os/as mesmos (as), em sua maioria, perplexos (as), assustados (as) e angustiados (as) diante dessas situações prematuras e quase sempre indesejadas para o presente momento de vida em que os/as jovens se encontram.

As adolescentes ainda estruturam sua identidade enquanto sujeito, portanto, essa ruptura entre o mundo adolescente e a entrada precoce no mundo adulto termina por provocar uma desestruturação psicossocial que irá influenciar suas atitudes, visto que as mesmas ainda apresentam relações instáveis.

Portanto, frente a essa exclusão das mulheres ocorrem distorções de comportamento, medos e inseguranças de amplitudes significativas na esfera pessoal e coletiva, tendo em vista que não se trata apenas de condições financeiras – essa existe sim – mas de não ter acesso “ao viver plenamente” com dignidade, ter relações carinhosas e amorosas, isto é, a felicidade em ser sujeito participante e ser reconhecido como tal.

---

<sup>13</sup> Aberstury, A. e Knobel, Maurício. *Adolescência Normal*. Porto Alegre: Artes médicas, 1981. p. 4.

## 2.4. Inovações e Propostas Transformadoras da Experiência

O trabalho de Extensão abordado no presente artigo segue os princípios dos Direitos Humanos e teve a preocupação de captar as informações verbais e não verbais das jovens participantes, o que possibilitou ao mesmo tempo pensar o individual e o coletivo, em termos de suas percepções e concepções dos temas de relevância a: sexualidade, gênero e do abuso sexual.

Estas dimensões concebidas de forma integrada e inter-relacionada propiciam espaços de vivências concretas dos Direitos Humanos, uma vez que "só existe saber na invenção, na reinvenção, na busca inquieta, impaciente, permanente, que os homens fazem no mundo, com o mundo e com os outros"<sup>14</sup>.

Para o rompimento do ciclo de violência, o projeto apontou momentos e situações de superação de agressividade, ódio, desamor, angústia e mal-estar; e, assim, desenvolver e estimular o emponderamento (protagonismo) e fatores de resiliência no resgate da autonomia, afetividade, autoestima, aprendizagem saudáveis, concretização de direitos e de cidadania, dentre outras.

No projeto, são defendidos princípios básicos de direitos, pelos quais as jovens possam se emponderar para atuarem como protagonistas de sua história, tendo em vista que a cidadania a que nos referimos é aquela em que as pessoas se encontram diretamente envolvidas, participando do processo de construção social e humana, em todas as suas etapas. Ser cidadã é ser protagonista.

O trabalho foi também realizado através de técnicas de dinâmica de grupo. A dinâmica de grupo possibilitou uma participação de todas as adolescentes, pois ao trabalharmos em círculo, cada participante pode olhar para todas e interagirem de maneira dinâmica. Sendo as vivências das participantes verbalizadas, sentidas e expressas através do grupo, ocorre a criação de uma rede de solidariedade, o que permite uma maior liberdade para as pessoas falarem, voluntariamente, sobre suas experiências traumáticas, apoiando-se umas nas outras, quando percebem as outras histórias semelhantes às suas.

Assim, procurou-se trazer à tona, através dos grupos, o contexto da sexualidade, promovendo uma reflexão acerca da discriminação e violência. As jovens, em conjunto, dramatizam – sociodrama - e vivenciam as atitudes e comportamentos discriminatórios, permitindo uma proximidade maior com a situação vivida, de forma a vislumbrar novas concepções de vida.

---

<sup>14</sup> Freire, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. Ed. 44. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 67.

O processo de dramatização da violência permitiu uma ruptura com os dogmas da submissão, e a compreensão da possibilidade de as adolescentes buscarem novos caminhos, por exemplo, quebrarem alguns tabus da sexualidade, o que foi entendido por uma jovem participante do processo de capacitação: “expressarem-se com respeito e liberdade” e, por conseguinte, alteraram a tão comum visão errônea de se sentirem culpadas pelo abuso promovido por outros.

O rompimento do processo, da internalização da culpa, promoveu o resgate dos princípios de cidadania, bem como, da apropriação de seu protagonismo no processo histórico de construção de suas vidas com dignidade, apesar da dor vivida e sentida.

### 3. Resultados e Discussão

Na atividade desenvolvida no bairro de Candeias, na cidade de Jabotão dos Guararapes, que envolveu um grupo de jovens moradores da comunidade, meninas temporariamente retiradas do seio familiar e inseridas em um abrigo por serem vítimas de abuso sexual e maus-tratos em casa, deixou clara uma visão de como essa violência se institui e transforma emocionalmente a afetividade dessas jovens vítimas de tais processos abusivos.

Nesse sentido, pudemos compreender na prática, tais ações, no depoimento de uma delas, durante a capacitação:

“Enquanto meu avô abusava só de mim, eu aguentava, porque sabia que era forte para suportar, mas quando ele começou a pegar a minha irmã de 4 anos, não suportei mais: comecei a ser agressiva com ele, até que, junto com o projeto que eu fazia parte, armamos um flagrante para ele. Graças a Deus minha irmãzinha está salva dele”. (R., 16 anos).

O depoimento acima evidencia a capacidade que elas vão adquirindo em seu cotidiano, pois, mesmo diante dos traumas e dores que sofria, a agressão a irmã mais nova despertou na jovem “R” os elementos internos de superação, evidenciando a capacidade de resiliência que os seres humanos têm.

Encontramos nessa capacidade de mudança, respaldo em Benevides<sup>15</sup>, quando a autora chama a atenção para a importância de se ultrapassar a visão do conhecimento dos direitos, apontando a necessidade do envolvimento do sujeito social em todo o processo de “criação de direitos”, incluindo a informação e a participação com liberdade e pluralismo.

As experiências específicas de abuso sexual vivenciadas pelas adolescentes

---

<sup>15</sup> Benevides, M. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativas populares*. São Paulo: Ática., 1991.

participantes do projeto de extensão da Estácio Recife apontaram que, quanto aos seus aspectos psicossociais, as jovens passaram a ter uma nova leitura de si e do abuso, o que permitiu uma reestruturação emocional que proporcionou às participantes a busca pelo processo de resiliência e o resgate de novas emoções e da autoestima.

O seguinte depoimento, na capacitação expressa o poder de se ressignificar a dor: “Hoje eu acredito que posso ter um homem que me ame de verdade, mais antes achava que todo homem era mal”. (M., 13 anos).

A resiliência se dá na possibilidade de construir novas relações em contextos diversos, mesmo que a pessoa já tenha passado pela experiência traumática do abuso, o que não é fácil de uma maneira geral. Assim, novas pessoas e perspectivas relacionais são inseridas de forma respeitosa e não invasiva, sempre deixando na mão da criança ou adolescente a bandeira de aproximação dentro deste novo relacionamento.

A ferida do abuso se faz em relacionamentos, mas a resiliência também se reconstrói em novos relacionamentos. A criança ferida procura o isolamento, mas a possibilidade de se reinventar depois do trauma se reconstrói em comunidade.

O trabalho no campo social e cultural, por sua vez, permitiu uma compreensão dos hábitos, atitudes, valores, preconceitos, discriminações, machismo, sexismo etc. que envolvem as adolescentes vítimas de tais violências. O processo ocorreu com a interação das participantes, com grande interesse, na medida em que, conforme os relacionamentos se aproximavam, maior era o desejo de expor suas vivências mutuamente.

Com a continuidade do projeto, a cada encontro elas falavam de seus medos, traumas e angústias que viveram. Elas viviam cada momento como único, sendo compartilhados dúvidas, ideias e expectativas, o que permitiu construir não só um grupo de aprendizagem, mas também um grupo de apoio mútuo para desmistificar todo o preconceito.

Diante do exposto, percebe-se nos depoimentos já uma nova leitura: tirando a culpa de si e direcionando-a para verdadeiro culpado, que, no caso de uma adolescente, muitas vezes se trata do próprio pai. A exemplo do ocorreu com a jovem D. (15 anos): “Eu não entendo como o meu pai conseguia ser bom e ser ruim ao mesmo tempo, hoje sei que ele é doente”. Portanto, pode-se apontar que as adolescentes, quando abusadas pelo cuidador, seja pai, padrasto ou avô, desenvolvem a inabilidade de confiar e estabelecer vínculos saudáveis em qualquer outra relação, seja de parentesco ou não. Porém, em outras situações semelhantes, conseguem transferir, em muitos casos, os afetos em qualquer relação de cuidado, seja de alguém para com elas ou delas para com alguém, com um objeto ou, mesmo, com um animal. Esse é um processo de extrema importância para o encontro de caminhos de

superações, deixando que as adolescentes se sintam responsáveis, voluntariamente, por funções lúdicas.

Os sentimentos de amor, ódio e medo se intercalam em suas vivências cotidianas. A cada novo relacionar, é uma oportunidade de amar e odiar, de tentativa ao apego, mas que pode resultar no desapego. O isolamento social em que a adolescente se coloca vai lentamente sendo rompido através de laços afetuosos de confiança, amabilidade e segurança, propiciando caminhos e desdobramentos em que deixam de serem vítimas do abuso e passam a ser sobreviventes a ele.

Outro depoimento, durante a capacitação, aponta a questão do medo: “O que mais me doeu foi a minha mãe ser presa, pois o juiz falou que ela sabia que o meu padrasto abusava de nós e não fez nada, mas eu não acho que ela sabia e ela nos deixava sozinha porque tinha que trabalhar”.

Percebeu-se, na comunidade trabalhada, um ambiente de vulnerabilidade frente a uma estrutura familiar adoecida pelo rompimento do tabu do incesto, em que estas adolescentes e seus pares vivem, em constantes exposições a toda a forma de violência, sejam: sexual, emocional, psicológica e física.

A violência é expressa de várias maneiras e sob muitos aspectos, como se pode perceber no depoimento de R (11 anos): “O meu padrasto “não gostava de trabalhar, portanto ele ficava ‘cuidando de nós’. Assim, que minha mãe saia ele mandava agente tomar banho e passar leite de rosa e daí acontecia, e quando a gente não fazia o que ele queria, ele falava que ia matar a minha mãe”. (R., 11 anos).

Ao estimular o medo que a jovem tinha de perder a mãe, o padrasto reproduz o sentimento de insegurança e desequilíbrio emocional, que fragiliza a jovem em tomar uma posição contrária frente ao poder masculino de uma cultura sexista.

#### **4. Algumas palavras finais**

O tema do abuso sexual foi trabalhado durante as oficinas no projeto de extensão, respeitando-se os limites e dores das adolescentes, uma vez que toca a sua própria identidade pessoal e social. Foi percebido que o conceito machista e o medo induzem a uma tolerância e, por conseguinte, a se continuar experienciando a vivência abusiva, já que em muitas comunidades se acredita que a mulher foi feita para satisfazer ao homem, visto que eles são responsáveis por 90% dos abusos sexuais contra mulheres. Nesse contexto machista e sexista, ela, então, vê-se obrigada a suportar calada estas traumáticas experiências.

As atividades desenvolvidas buscaram viabilizar uma ação em torno da sexualidade, gênero e abuso sexual, no contexto dos Direitos Humanos, de forma dinâmica e participativa; promovendo uma ação por parte das participantes como protagonistas de suas questões.

Através desses procedimentos observou-se a possibilidade de inter-relação do grupo, na medida em que a juventude se posiciona sobre a temática da violência sexual. À proporção que alguém se coloca outro aprofunda e traz à tona outras reflexões, complementando as informações dadas. Permite-se a livre expressão dos sujeitos através da apropriação de seu discurso, para a vivência significativa dos Direitos Humanos.

Portanto, o presente trabalho mostrou que as jovens avançaram no sentido de se compreender e se perceber não como vítimas, mas sim agredidas e violadas; bem como mudando sua visão comum e errônea de se sentirem culpadas pelo abuso promovido pelo outro/outra, tornando-se capazes de enxergar o agressor como tal e elas como sobreviventes da experiência traumática.

Outro benefício decorrente da ação foi o desenvolvimento, pelas adolescentes, da capacidade de demonstrarem resiliência, elemento importante na busca de saídas frente ao adoecimento psíquico e que se constitui em um conjunto de processos de interação social, psicológica e cognitiva que possibilitam o desenvolvimento sadio e o bem-estar da pessoa, mesmo sob as condições de risco psicossocial.

Não podemos esquecer que outras pesquisas de Menezes<sup>16</sup>, já apontaram também nessa direção, isto é, tanto os medos, os problemas e os conflitos de gênero, por estarmos em um modelo de sociedade, que mesmo diante das grandes transformações do século XXI, ainda possui profundos e inconscientes processos de disseminação e exclusão de gênero. Tal sociedade ora se mostra conservadora ora liberal, em seus comportamentos, e patriarcal em suas atitudes.

As jovens pesquisadas foram capazes também de apoiar-se mutuamente, escutando outras histórias semelhantes e construindo resiliências a partir disso. Novos vínculos de confiança se formaram, o que facilitou o processo de abertura e exposição de suas experiências conforme viam necessidade em fazê-lo.

### **Referências Bibliográficas**

Aberstury, A. e Knobel, Maurício. *Adolescência Normal*. Porto Alegre: Artes médicas, 1981.  
Azevedo, Maria Amélia; Guerra, Viviane Nogueira de Azevedo (coord.). *Infância e violência*

---

<sup>16</sup> Menezes, Walfrido. (2011). *Mulheres (in)visíveis: um estudo da representação social acerca da cidadania feminina*. São Paulo: Iglu, 2011.

- doméstica: fronteiras do conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- *Pele de asno não é só estória...: um estudo sobre a vitimização sexual de crianças e adolescentes em família*. São Paulo: Roca, 1988.
- Benevides, M. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativas populares*. São Paulo: Ática., 1991.
- *Direitos humanos: desafios para o século XXI*. In Silveira, Rosa Maria Godoy (org.) *Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2007.
- Bourdieu, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- Brasil. Datasenado. [em linha]. <[http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia\\_Domestica\\_contra\\_a\\_Mulher\\_2013.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf)> [4 julho 2016].
- Freud, Sigmund. *Obras Completas*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1973.
- Freire, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. ed.44. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.
- Menezes, Walfrido. (2011). *Mulheres (in)visíveis: um estudo da representação social acerca da cidadania feminina*. São Paulo: Iglu, 2011.
- Moreno, Jacob Levy. *Psicodrama*. São Paulo: Editora Cultrix, 1978.
- Ribeiro, Márcia; Ferriani, Maria das Graças; Reis, Jair Naves. (coords.) *Violência sexual contra crianças e adolescentes: características relativas à vitimização nas relações familiares*. *Cadernos de Saúde Pública*, 20(2), 2004, 456-464.
- Saffioti, Heleieth. (1997). No fio da navalha: violência contra crianças e adolescentes no Brasil atual. In: Madeira, F. R. (Org.). *Quem mandou nascer mulher?* São Paulo: Rosa dos Tempos. p. 134-211.
- *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.
- Seabra, André Salame; Nascimento, Helena Maria. *Abuso sexual na infância*. *Pediatria Moderna*, 34(7), 395-415, 1998.

# O TRABALHO ARTÍSTICO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: UMA ANÁLISE DE SUA ADMISSIBILIDADE

## THE ARTISTIC WORK OF CHILDREN AND TEENAGERS IN BRAZIL: A CASE STUDY OF ITS ACCEPTANCE

Maria do Socorro Almeida de Sousa  
*Juíza Titular da Vara do Trabalho de Barreirinhas, Brasil*

**Resumo:** A abordagem do tema proposto tem por objetivo promover uma análise da admissibilidade, no domínio do ordenamento jurídico brasileiro, da utilização do trabalho artístico realizado por crianças e adolescentes, fazendo-o sob a perspectiva das normas de direitos humanos e de direitos fundamentais que regulam a questão.

O trabalho se realiza através de revisão bibliográfica do tema, recorrendo a fontes primárias e secundárias, para o que se recorre ao método dedutivo.

Para o fim de levar a efeito o objetivo geral, parte-se da identificação do objeto de estudo, contextualizando-o; prossegue-se na descrição das normas jurídicas que o regulam, identificando a influência dos direitos fundamentais no tocante ao regramento referido; isso feito, analisa-se dita normativa, identificando-se a solução que esta estabelece para o tema sob estudo, sem que se esquive de formular proposições que se reputam imprescindíveis para o fim de potencializar as proteções que respectivamente se ensejam.

**Palavras chave:** Trabalho Artístico; Trabalho de de Crianças e Adolescentes; Direitos fundamentais e relações laborais.

**Abstract:** The approach of the proposed theme aims to promote an analysis of the acceptance, under Brazilian law provisions, of the use of artwork done by children and teenagers, making it from the perspective of the human rights and the fundamental rights standards governing the question. The research is done through bibliographic review, using primary and further sources applying the deductive method. In order to carry out the overall aiming, it is adopted the identification of the object to be studied considered contextually; pursuing in the description of the legal rules that govern the subject matter and identifying the influence of the fundamental rights with respect to the legal frame; once those steps are taken, and as long as the specifics rules had been scrutinized, some conclusive statements are proposed on behalf of strengthening the legal child and youth protection system.

**Keywords:** Artistic acting; Children and youth Labor; Fundamental rights and labor relations.

### 1. Introdução

Embora a história da humanidade revele que a proteção a crianças e adolescentes esteve sempre no rol das preocupações que têm cercado a regulação do trabalho, a realidade demonstra que o terceiro milênio segue abrigando a exploração desenfreada do trabalho infantojuvenil, que, como preleciona Maria Sousa:

ocasiona prejuízos incalculáveis nas mais diversas esferas da existência humana, perpetuando pobreza, aprofundando abismos sociais, proporcionando a disseminação de violências outras para além da afronta aos múltiplos direitos dos obreiros mirins e concretizando desigualdades cujos efeitos se projetam por gerações afora<sup>1</sup>.

Sem embargo de ser, esta, uma realidade que atribui um razoável consenso acerca dos malefícios do labor precoce, esta compreensão se arrefece quando estes serviços têm natureza artística, cedendo passo diante do incentivo da família, da admiração da sociedade e da inércia do Estado, olvidando-se que todos os prejuízos suportados pelos trabalhadores que ingressam precocemente no mundo do trabalho seguem presentes nesta modalidade de labor.

Desta circunstância resulta a necessidade de esclarecimento das questões que permeiam esta espécie de labor, algumas delas envoltas em polêmicas de envergadura, dentre as quais se destaca a análise de sua admissibilidade no domínio o ordenamento jurídico brasileiros, à vista da dicção do art. 7º, XXXIII, da CF/88, ante a incorporação, ao direito interno, da norma capitulada no art. 8.1 Convenção n.º 138 da OIT, que sugere regramento antinômico.

Neste contexto, questão que se coloca diz respeito à possibilidade de tal norma convencional modular os termos rígidos da norma constitucional, sendo que a resposta a esta pergunta demanda que se investigue: a natureza das normas em questão; uma vez demarcado este suposto, a sua interpretação coordenada, segundo guias que sejam apropriados a dita natureza.

Este estudo se dedica, pois, à análise desta questão e se realiza através de revisão bibliográfica do tema, recorrendo a fontes primárias e secundárias, utilizando-se o método dedutivo, que na lição de Marina Marconi e Eva Lakatos corresponde ao "raciocínio que parte do geral para chegar ao particular, ou seja, do universal ao singular, isto é, para tirar uma verdade particular de uma geral"<sup>2</sup>.

Para este fim, identifica-se o objeto de estudo, descrevem-se e analisam-se as normas jurídicas que o regulam e, por fim, promove-se sua interpretação, para o que se utiliza o método hermenêutico normativo-estruturante, preconizado por Friedrich Müller.

---

<sup>1</sup> Sousa, Maria do Socorro Almeida. "Idade Mínima para o Trabalho na Ordem Jurídica Brasileira". In: Nocchi, Andréa Saint Pastous; Velloso, Gabriel Napoleão; e Fava, Marcos Neves. *Criança, Adolescente, Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 94.

<sup>2</sup> Marconi, Marina de Andrade; Lakatos, Eva Maria. *Metodologia Científica*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 256.

Isso realizado, firma-se o entendimento que dito exercício hermenêutico proporciona, fazendo-se observações acerca de seus efeitos e de necessárias ações correlatas.

## **2. Trabalho artístico de crianças e adolescentes**

A exata compreensão jurídica do trabalho artístico de crianças e adolescentes se demarca a partir da análise: da Convenção Internacional para Proteção aos Artistas, Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiofusão, de 26 de outubro de 1961, ratificada pelo Estado brasileiro através do Decreto n.º 57.125, de 19 de outubro de 1965; da Lei n.º 6.533, de 24 de maio de 1978; do Decreto n.º 82.385, de 05 de outubro de 1978; e da Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

Do cotejo da normativa referida, é possível dessumir-se que trabalho artístico corresponde ao dispêndio voluntário e penoso de energias físicas e intelectuais em proporções variáveis, consistente na criação, interpretação ou execução de uma obra de caráter cultural, em cujo âmbito se desempenham as atividades de ator, cantor, músico, dançarino, executando-se, por qualquer forma, obras literárias ou artísticas e, ainda expressões do folclore, que se destinam à exibição pública, em direto ou para fins de reprodução da obra através de meios de comunicação em massa.

Assume relevância, no âmbito deste estudo, o trabalho artístico realizado por crianças e adolescentes, como tais entendidos, de acordo com o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990), respectivamente, os indivíduos que contem idade inferior a 12 (doze) anos e os indivíduos que contem idade que se situe entre os 12 (doze) anos completos e os 18 (dezoito) anos incompletos.

Isso compreendido, enseja-se a identificação das normas que, no Brasil, prestam-se a estipular parâmetros etários para a prestação desta espécie de trabalho.

## **3. Normas que disciplinam o trabalho artístico de crianças e adolescentes: natureza e hierarquia**

### **3.1. Descrição das normas reguladoras**

Tal como referido, a temática do trabalho artístico de crianças e adolescentes no Brasil está, atualmente, regulada por duas normas jurídicas, a saber: o art. 7º, XXXIII, da CF/88; e o art. 8.1 da Convenção n.º 138 da OIT.

O art. 7º, XXXIII, da CF/88, estabelece a "proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos".

Por seu turno, a norma convencional referida estabelece que:

8.1. A autoridade competente, após consulta às organizações de empregados e de trabalhadores concernentes, se as houver, poderá, mediante licenças concedidas em casos individuais, permitir exceções para a proibição de emprego ou trabalho provida no Art. 2º desta Convenção, para finalidade como a participação em representações artísticas.

Importa, já agora, analisar-se a natureza assumida por estas normas, identificando-se se as mesmas possuem, ou não, carácter de direitos fundamentais.

### **3.2. Natureza e hierarquia das normas reguladoras**

Tendo-se em vista os termos do art. 5º, § 2º, da CF/88, que estabelece que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", é correto afirmar-se que a CF/88 abriga em si uma cláusula de abertura de sua carta de direitos fundamentais, em razão do que admite a construção de um conceito material de direito fundamental, em virtude do qual o catálogo respectivamente estipulado na Constituição não é exaustivo, e sim meramente exemplificativo, admitindo a existência de outros direitos fundamentais para além dos integrantes de seu catálogo formal, desde que decorrentes do regime e dos princípios adotados pela CF/88 ou, ainda, dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, independentemente de possuírem, ou não, carácter social. Assim é que, de acordo com o ensinamento desposado por Ingo Sarlet:

na doutrina nacional já foi virtualmente pacificado o entendimento de que o rol dos direitos sociais (art. 6º) e o dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 7º) são – a exemplo do art. 5º, § 2º, da CF – meramente exemplificativos, de tal sorte que ambos podem ser perfeitamente qualificados de cláusulas especiais de abertura<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Sarlet, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 82-83.

O art. 8.1 da Convenção n.º 138 da OIT, igualmente possui natureza de direito fundamental. Com efeito, dita norma foi ratificada pelo Estado brasileiro através do Decreto n.º 4.134, de 15 de fevereiro de 2002, portanto, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, que introduziu o art. 5º, § 3º, CF/88, que estabelece que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais", não se havendo, pois, para este fim, observado ditas prescrições, até porque neste azo elas não existiam. Sem embargo, tendo-se em vista a dicção do art. 5º, § 2º, da CF/88, é de ser considerado que, de acordo com Gomes Canotilho *apud* Flávia Piovesan:

o programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao "texto" da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o "bloco de constitucionalidade" a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas. (Canotilho *apud* Piovesan, 2015, p. 121, original com destaques)<sup>4</sup>.

Também neste mesmo sentido é a lição de Valério Mazzuoli, que afirma que:

Interpretando-se o § 3º em análise dentro do *contexto* onde se inserem os tratados de direitos humanos na Constituição, chega-se à conclusão que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, segundo o qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, *ou dos tratados internacionais* em que a República Federativa do Brasil seja parte", pois na medida em que a Constituição *não exclui* os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria os *inclui* no seu

---

<sup>4</sup> Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 121.

catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu "bloco de constitucionalidade" e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional<sup>5</sup>(original com destaques).

Dessa forma, por força do princípio da prevalência da norma mais favorável, bem como em observância ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, compreende-se que os tratados em matéria de direitos humanos, aprovados anteriormente à EC n.º 45/2000, como é o caso da Convenção n.º 138 da OIT, possuem natureza de direito fundamental e, por consequência, atribui-se a esta posição jurídicas o *status* hierárquico constitucional.

#### **4. Interpretação do art. 7º, XXXIII, da CF/88 e do art. 8.1, da Convenção n.º 138 da OIT: antinomias aparentes e solução respectiva**

Dos termos em que se viram vazados os dispositivos normativos discriminados, que regem o tema sob estudo, é possível identificar-se, de logo, uma antinomia, já que, enquanto o dispositivo constitucional veda "qualquer trabalho a menores de 16 (dezesesseis) anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 (quatorze) anos", o art.8.1 da Convenção n.º 138 da OIT, já incorporado ao direito interno, nele assumindo hierarquia constitucional, autoriza expressamente esta modalidade de labor.

Neste contexto, questão que se coloca diz respeito à possibilidade de tal norma convencional modular os termos rígidos da norma constitucional, tal como o sugere, numa primeira aproximação, o contexto normativo descrito.

Ora, de logo se nota que ambas as normas jurídicas referidas possuem contornos claros e precisos e estipulam um comando peremptório que atribui, ao sujeito de direito em cujo benefício seus ditames se aplicam, a possibilidade de insurreição contra ofensas às posições jurídicas que através desta norma foram reconhecidas, especialmente a exigência de prestação de labor antes do advento da idade mínima fixada, para além de sujeitar a seus ditames os demais atores sociais. Correspondem, pois, a normas-regra que, como tal, na lição de Robert Alexy, exigem:

um cumprimento pleno e, nessa medida, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Se a regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos. As regras contêm, por isso *determinações* no campo

---

<sup>5</sup> Mazzuoli, Valério de Oliveira. "Art. 5º, § 3º". In: Canotilho, Joaquim José Gomes; Mendes, Gilmar Ferreira; Sarlet, Ingo Wolfgang; Streck, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 520.

do que é fática e juridicamente possível (Alexy, 1988d, págs. 143-4). A forma característica de aplicação das regras é, por isso, a *subsunção*<sup>6</sup>.

Tendo-se em vista o *status* hierárquico constitucional de ambas as normas referidas, a análise da antinomia ocorrente entre elas se deve dar a partir de um método de interpretação propriamente aplicável a normas constitucionais, para tanto se elegendo, no âmbito deste estudo, o método normativo-estruturante, que, como esclarece Friedrich Müller:

analisa as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso. Ela apreende a hierarquia igual de elementos do programa da norma e do âmbito da norma. Ela procura desenvolver meios de um trabalho controlável de decisão, fundamentação e representação das funções jurídicas<sup>7</sup>.

Este método hermenêutico, nas palavras de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco:

parte da premissa de que existe uma implicação necessária entre o *programa* normativo e o *âmbito* normativo, entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular, uma vinculação tão estreita que a própria *normatividade* tradicionalmente vista como atributo essencial dos comandos jurídicos, parece ter-se evadido dos textos para buscar apoio fora do ordenamento e, assim, tornar eficazes os seus propósitos normalizadores (sic)<sup>8</sup>.

O método em questão permite a sua conjugação com os princípios de interpretação da constituição concebidos no domínio da Nova Hermenêutica, destacando-se, no interesse da solução da questão posta a exame: o princípio da unidade da constituição; o princípio da força normativa da constituição; o princípio da concordância prática; e o princípio da proporcionalidade.

Segundo o princípio da concordância prática, deve-se rechaçar por inteiro qualquer solução que redunde no reconhecimento total de invalidade de qualquer das normas antagônicas sob análise. Ao revés, a ambas deve-se reconhecer a maior eficácia

---

<sup>6</sup> Robert Alexy *apud* Atienza, Manuel. *As Razões do Direito: teoria da argumentação jurídica* (trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino). 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 181.

<sup>7</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de Trabalho...*, p. 57.

<sup>8</sup> Mendes, Gilmar; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.

possível, à vista do princípio da força normativa da constituição, segundo o qual, de acordo com Friedrich Müller, "na solução de problemas de direitos constitucional deve-se dar prevalência a pontos de vista que 'promovam sob os respectivos pressupostos a eficácia ótima da constituição normativa'".<sup>9</sup>

Além disso, à vista do princípio da unidade da constituição, de acordo com a lição de Friedrich Müller:

no quadro do que pode ser argumentativamente defendido e fundamentando em termos de método, o intérprete deve procurar ajustar eventuais contradições que apareçam como resultados parciais no processo da concretização de modo a harmonizá-las umas com as outras no resultado<sup>10</sup>.

À vista dos princípios apontados, a solução da antinomia sob apreço exige que se reconheça validade tanto à norma-regra consagrada no art. 7º, XXXIII, da CF/88, quanto àquela estabelecida no art. 8.1 da Convenção n.º 138 da OIT, impondo-se que entre elas se identifique um ponto de equilíbrio hermenêutico, o que se viabiliza mediante a incidência do princípio da proporcionalidade.

Neste sentido, tal como apontado pelos termos do art. 8.1 da Convenção n.º 138 da OIT, é de se compreender que a permissão deferida para prestação de trabalho artístico por parte de crianças e adolescentes tem caráter excepcional. Desta maneira, a incidência desta norma internacional sobre a normativa constitucional interna vigente quando da sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, possuiu o condão de modular o nível de proteção então consolidado, a ele se atribuindo os temperamentos que as realidades sociais reclamam e que foram reconhecidas pela OIT em caráter geral.

Veja-se que a solução apontada logra guardar observância ao princípio da proporcionalidade, ofertando uma solução para a antinomia que, à primeira vista, acomete as normas sob apreço, sendo que, a um só tempo, apresenta-se adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Com efeito, esta solução se revela adequada, já que a solução que se enseja para casos tais não é outra senão a identificação de um ponto de concordância entre as normas antinômicas, e também necessária, visto que a compatibilização referida não se concretiza sem o sacrifício, ainda que parcial, dos níveis de proteção antes reconhecidos, que então se veem modulados à novel realidade normativa. Por fim, é proporcional em sentido estrito, haja

---

<sup>9</sup> Müller, Friedrich. *Método de Trabalho...*, p. 78.

<sup>10</sup> Müller, Friedrich. *Método de Trabalho...*, p. 75.

vista que as outras soluções que se ensejam representariam: ou a negativa total de validade ao art. 8.1 da Convenção 138 da OIT, em completo desacordo com os princípios hermenêuticos referidos; ou a admissibilidade de prestação de trabalho artístico por parte de crianças e adolescentes sem qualquer restrição, o que ofenderia o núcleo essencial do direito fundamental capitulado no art. 7º, XXXIII, da CF/88.

Assim sendo, resta demonstrado que, ante o advento da norma do art. 8.1 da Convenção n.º 138 da OIT, restou introduzida, no ordenamento jurídico brasileiro, uma exceção à regra, antes rígida, do art. 7º, XXXIII, da CF/88, para o fim de admitir-se, em caráter excepcional, a prestação de trabalho artístico, através de contrato de trabalho, por parte de menores de 16 (dezesseis) anos, sem qualquer limitação etária mínima.

## **5. Conclusão**

A análise da aparente antinomia que, numa primeira aproximação, revela-se a partir do confronto entre o art. 7º, XXXIII, da CF/88 e o art. 8.1 da Convenção n.º 138 da OIT, impõe, à partida, que se identifique a natureza das normas jurídicas mencionadas e, ato contínuo, a sua interpretação segundo métodos e princípios que lhe sejam próprios.

No curso do presente estudo, a partir da análise da doutrina pertinente ao tema, viabilizou-se a constatação da natureza de direitos fundamentais de que ambas as normas integram o bloco de constitucionalidade da CF/88, sendo ambas dotadas de natureza de direitos fundamentais

Tal circunstância exige, para sua interpretação, a aplicação de método hermenêutico apropriado à natureza constitucional de ditas normas, para tanto se havendo parametrado, este estudo, no método normativo-estruturante, propugnado por Friedrich Müller, que admite a aplicação de princípios hermenêuticos oriundos da Nova Hermenêutica, aqui assumindo relevo o princípio da unidade da constituição, o princípio da força normativa da constituição e o princípio da concordância prática; e o princípio da proporcionalidade.

O processo hermenêutico levado a efeito no âmbito deste estudo permite pôr cobro à aparente antinomia identificada o comando do art. 7º, XXXIII, da CF/88 e os ditames do art. 8.1 da Convenção n.º 138 da OIT. Com efeito, este impasse se resolve à luz do princípio da concordância prática, aplicado à espécie com observância ao princípio da proporcionalidade, para atribuir às normas antinômicas a interpretação que preserva maximamente seus conteúdos, o que se perfaz através da compreensão de que,

a partir da ratificação da Convenção n.º 138 da OIT, introduziu-se uma exceção à regra geral do art. 7º, XXXIII, da CF/88, passando-se a admitir, em caráter excepcional e mediante prévia autorização de autoridade competente, o trabalho artístico, sem limitação etária mínima para este fim.

De se notar que tal circunstância redundava em um quadro normativo interno em que a exceção à regra está prevista e se apresenta aplicável, mas não estão previstos mecanismos específicos de contenção de eventuais abusos, o que pode findar por esvaziar o conteúdo da proteção que se pretende atribuir a crianças e adolescentes no domínio de sua vivência laboral.

Faz-se necessário, pois, que se implemente, em caráter urgente, uma regulação legislativa séria da matéria sob comento, que aborde as mais variadas vertentes de interesse que a circunstância suscita, e que com este objetivo se comprometam a família, a sociedade e o Estado, coerentemente com o previsto no art. 227, *caput*, da CF/88, que estipula, em prol destes indivíduos, o princípio da proteção integral.

### **Referências Bibliográficas**

- Atienza, Manuel. *As Razões do Direito: teoria da argumentação jurídica* (trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino). 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003.
- Canotilho, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- Marconi, Marina de Andrade; Lakatos, Eva Maria. *Metodologia Científica*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- Mazzuoli, Valério de Oliveira. "Art. 5º, § 3º". In: Canotilho, Joaquim José Gomes; Mendes, Gilmar Ferreira; Sarlet, Ingo Wolfgang; Streck, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 518-524
- Mendes, Gilmar; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- Müller, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional* (trad. Paulo Naumann). 3. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 78.
- Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

Sarlet, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Sousa, Maria do Socorro Almeida. "Idade Mínima para o Trabalho na Ordem Jurídica Brasileira". Em Nocchi, Andréa Saint Pastous; Velloso, Gabriel Napoleão; e FAVA, Marcos Neves. *Criança, Adolescente, Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, pp. 93-117.



# A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO SOCIAL PARA AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

## THE EFFICIENCY OF PUBLIC SOCIAL PROTECTION POLICIES FOR CHILDREN AND ADOLESCENTS IN BRAZIL

Juliana Rodrigues de Souza  
Universidade Autónoma de Lisboa. Portugal

**Resumo:** O presente trabalho aborda a análise da efetividade das políticas públicas que foram implementadas no Brasil com o objetivo de garantir o direito à convivência familiar e comunitária para a população infanto-juvenil. Após uma reflexão quanto ao sistema de proteção à criança e ao adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, apresentam-se os aspectos conceituais desse direito fundamental, principalmente no que tange as políticas de proteção social às famílias. A pesquisa engloba a apreciação de dados brasileiros acerca da proteção ao direito à convivência familiar e comunitária, que foram coletados do Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC/MDS e do documento intitulado “*Um Olhar Mais Atento aos Serviços de Acolhimento de Crianças e Adolescentes no País*”. *Constata-se que a ausência de efetividade das políticas públicas é parte de um quadro brasileiro mais amplo de desigualdade socioeconômica, comprometendo a garantia de direitos básicos de todos os cidadãos e, em particular, das crianças e dos adolescentes. Assim, os resultados apontam que existem diversas dificuldades para efetivar as ações governamentais que garantam os direitos fundamentais para as crianças e os adolescentes. Além disso, verifica-se que a plena efetivação dessas ações depende de uma rede de atendimento adequada, composta pela cooperação de diversos órgãos e autoridades de diferentes áreas, e de um sistema de proteção e de garantia de direitos, cuja estrutura de funcionamento abrange a integração da sociedade e do Estado.*

**Palavras chave:** criança e adolescente; convivência familiar; políticas públicas.

**Abstract:** This paper discusses about the analysis of the public policies effectiveness that have been implemented in Brazil to ensure the right of children and adolescents to have family and community life. After a reflection about the historical evolution of the family and the child and adolescent's protection system, seek to present the conceptual aspects of this fundamental law, especially regarding the social protection policies to families. The research also includes the assessment of national data on the protection of the right to family and community life, which were collected from the National Survey of Children and Adolescent's Shelters of the SAC/MDS Network and from the document "A Closer Look at Children and Adolescents Hosting services in the country". It is observed that the lack of effectiveness of public policies is part of a broader framework of Brazilian socioeconomic inequality, compromising the guarantee of basic rights of all citizens and, in particular, of the children and adolescents. Thus, the results show that there are many difficulties to carry out governmental actions that guarantee fundamental rights for children and adolescents. In addition, it seems that the full effectiveness of those actions depends on a proper care network, made by various agencies and authorities of different areas cooperation, and a system of protection and guarantee of rights, which the operating structure includes the integration of society and the state.

**Key words:** child and teenager; family living; public politics.

## **1. Introdução**

As políticas públicas para as crianças e adolescentes existentes no Brasil representam um importante meio de proteção social e de garantia de direitos. Assim, o presente trabalho tem por finalidade desenvolver um estudo sobre a efetividade das políticas públicas de proteção social existentes no ordenamento jurídico brasileiro, de modo especial quanto ao direito à convivência familiar e comunitária para as crianças e os adolescentes.

Busca-se nessa pesquisa a análise histórica acerca do modo em que a infância e a juventude estavam inseridas no período que antecede a Constituição Federal Brasileira de 1988. Além disso, discute-se a política de proteção para as crianças e adolescentes após a promulgação da referida carta constitucional.

Abordar-se-á não apenas os aspectos conceituais e legais do direito fundamental à convivência familiar e comunitária, mas também a institucionalização como forma de garantir à convivência familiar e comunitária para população infanto-juvenil.

A legislação e a implementação de políticas públicas voltadas à infância e juventude no Brasil percorreram alterações substanciais e significativas ao longo dos anos. E, por essa razão, analisam-se as políticas públicas de proteção social as famílias e as legislações protetivas quanto ao direito à convivência familiar e comunitária.

Após uma breve explanação quanto às mudanças ocorridas na concepção da política de assistência social brasileira, são averiguados dados brasileiros acerca das políticas públicas existentes no país.

Verifica-se que a ausência de efetividade das políticas públicas, além de outros fatores, dificulta a permanência das crianças e dos adolescentes em suas casas. O problema, portanto, é parte do quadro brasileiro mais amplo de desigualdade socioeconômica, comprometendo a garantia de direitos básicos de todos os cidadãos e, em particular, das crianças e dos adolescentes.

Dessa forma, com apoio na literatura específica existente, a pesquisa visa contribuir para a difusão do conhecimento científico acerca das políticas públicas que foram implementadas no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de garantir o direito à convivência familiar e comunitária para a população infanto-juvenil.

## 2. A Evolução Histórica da Política de Proteção para as Crianças e os Adolescentes no Brasil

Ao longo da história existiram diversas dificuldades para que as crianças e os adolescentes fossem reconhecidas como sujeitos de direitos no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, para compreender a evolução do sistema de proteção à população infanto-juvenil, torna-se imprescindível analisar a política protetiva prevista no período que antecede a Constituição Federal Brasileira de 1988. Além disso, discute-se a política de proteção para as crianças e os adolescentes após a promulgação da referida carta constitucional.

A formação da cultura brasileira, principalmente no que se refere à infância, remonta a descoberta do Brasil pelos portugueses em 1500, pois evidencia-se uma realidade histórica de desigualdade e de pobreza.

Como introdução ao tema Irene Rizzini e Francisco Pilotti argumentam que em meados do Século XVI, os colonizadores utilizavam a mão de obra dos negros escravizados, de forma que o escravo representava um componente importante para a economia da época<sup>1</sup>.

Neste momento, as crianças também eram utilizadas como escravas, sendo consideradas propriedades dos senhores. Assim, é possível assegurar que para as crianças, negras e filhas de escravos, não existiam nenhum sistema de proteção e de cuidado.

A partir da colonização portuguesa, a maneira oficial do Brasil de cuidar das crianças e dos adolescentes era por meio das Câmaras Municipais, que tinham o escopo de instituir impostos para esta finalidade<sup>2</sup>.

Durante este período, era corriqueiro o abandono de crianças que nasciam fora do casamento, ou ainda, por dificuldades financeira, relacionado a motivos de pobreza. O abandono de bebês em locais públicos ou em portas de residências começou a chamar a atenção das autoridades. Assim, a Santa Casa de Misericórdia inseriu o sistema da Roda do Brasil, que consistia em um cilindro giratório na parede, de modo que a criança era colocada da rua para dentro do estabelecimento, sem que pudessem identificar a pessoa que a entregava. Tal sistema objetivava não apenas ocultar as origens dos bebês, mas também resguardar a honra das famílias<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Rizzini, Irene, Pilotti, Francisco. *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Rizzini, Irene, Pilotti, Francisco. *A arte de governar crianças...*

Destaca-se, portanto, que neste cenário a finalidade principal da implementação do sistema da Roda da Brasil não centralizava na proteção das crianças abandonadas e expostas, mas, sobretudo, conservar a reputação das famílias, sem que pudessem ser identificadas. Nesse sentido, é notório que este panorama remonta uma triste realidade acerca das políticas sociais previstas no ordenamento jurídico brasileiro atual, conforme a seguir.

No Brasil, a Constituição do Império de 1824 e a primeira Constituição da República de 1891 foram omissas quanto à assistência infanto-juvenil. A política de proteção da criança e do adolescente no período que antecede a Constituição Federal Brasileira de 1988 passou por momentos importantes no contexto social e histórico.

Em um primeiro momento, vigorava a Doutrina do Direito Penal do Menor, presente nos Códigos Penais brasileiros de 1830 e de 1890. O Código Penal do Império de 1830 estabelecia que as crianças e os adolescentes de sete a quatorze anos que praticassem os atos criminosos com discernimento poderiam ser conduzidos às Casas de Correção e permanecer até os dezessete anos de idade<sup>4</sup>.

Durante a vigência da Doutrina do Direito Penal do Menor no Brasil existia uma desconfiança quanto à proteção à infância, pois a doutrina objetivava exclusivamente impedir a delinquência juvenil, concentrando-se na legislação penal.

O primeiro Código brasileiro que consolidou as leis de assistência e proteção para a criança e adolescente foi o Código de Menores, de 12 de outubro de 1927. No entanto, a legislação destinava-se, somente, ao atendimento dos abandonados e dos delinquentes.

Em um segundo momento, vigorava a Doutrina da Situação Irregular, evidenciado no Código de Menores de 1979, assume-se, então, um caráter de assistência à infância. A doutrina não estipulava garantias, nem direitos à infância e adolescência, apenas pré-determinava situações e agia sobre as consequências. Era um Direito que agia sobre o Menor, como objeto de proteção e não como sujeitos de direitos<sup>5</sup>.

E, por fim, em um terceiro momento, a Doutrina da Proteção Integral, regulamentada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.

---

<sup>4</sup> Amin, Andréa Rodrigues. “Evolução histórica do direito da criança e do adolescente”. In: Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 05.

<sup>5</sup> Amin, Andréa Rodrigues. “Evolução histórica do...”, p. 13.

A sociedade está em um momento inigualável na ótica do direito infanto-juvenil, pois as crianças e os adolescentes deixaram de ser meros objetos de proteção e passaram a ser considerados sujeitos de direitos. A doutrina da proteção integral é o resultado da soma de erros e de acertos presenciados no passado, de modo que os conhecendo é a melhor maneira de compreendermos e construirmos o futuro<sup>6</sup>.

Verifica-se, assim, que as reais mudanças de paradigmas no que se refere à proteção à população infanto-juvenil começaram a surgir após a Constituição Federal de 1988 e a instituição do ECA, de modo que as crianças e os adolescentes passaram a gozar de direitos fundamentais como qualquer ser humano.

### **3. Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária: Aspectos Conceituais e Legais**

O direito fundamental a convivência familiar e comunitária é compreendido como uma necessidade primordial para as crianças e os adolescentes se desenvolverem, proporcionando-os a construção de sua personalidade.

A família é a principal responsável pela transmissão de valores à criança e ao adolescente, de modo a repassar o suporte psíquico necessário para uma futura inserção social na comunidade em que vivem. É através da convivência com o núcleo familiar e das relações de vizinhança, de bairro e de cidade, de escola e de lazer que a criança e o adolescente assimilam os valores basilares, hábitos e maneiras de ultrapassar as dificuldades e, principalmente, de desenvolver o seu caráter<sup>7</sup>.

O direito a convivência comunitária é igualmente relevante, pois promove o estabelecimento de novas relações e vínculos, e deve ser efetivado pela inserção das famílias nos serviços oferecidos pela comunidade em que vivem. Tais serviços deverão ser oferecidos, de forma especial, para que as pessoas em desenvolvimento participem das atividades de lazer, esporte, religião e cultura, de modo a possibilitar experiências necessárias ao seu amadurecimento.

O ECA pontua a importância da preservação do direito à convivência familiar e comunitária ao referir que na aplicação de uma das medidas de proteção à criança e ao

---

<sup>6</sup> Amin, Andréa Rodrigues. “Evolução histórica do...”, p. 03.

<sup>7</sup> Madaleno, Rolf. “O preço do afeto”. In: Pereira, Tânia da Silva; Pereira, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 152.

adolescente vitimizados, deve-se priorizar o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários<sup>8</sup>.

O direito fundamental à convivência familiar para toda criança e adolescente também está previsto no art. 227 da Constituição Federal Brasileira de 1988. O referido artigo enaltece que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir para todas as crianças o direito à convivência familiar e comunitária, colocando-os a salvo toda a forma de negligência, violência e crueldade.

No entanto, haverá pouca efetividade se não houver “o compromisso firme com o princípio da tríplex responsabilidade compartilhada, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente”<sup>9</sup>.

A criança tem o direito de conhecer e conviver com seus pais, caso não seja incompatível com o melhor interesse. Além disso, nos casos em que as separações resultarem de ação de Poder Judiciário, é obrigação de o Estado promover a proteção especial às crianças desprovidas de ambiente familiar, de modo a assegurar um ambiente familiar alternativo apropriado ou colocação em instituição<sup>10</sup>.

No entanto, não se pode olvidar que embora a família seja reconhecida como local de proteção, acolhimento e segurança, em alguns casos, pode tornar-se um ambiente de desordens para violação de direitos da criança e do adolescente.

É importante destacar que o art. 23 do ECA preconiza que a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. Dessa forma, não existindo outros motivos que autorizem o Poder Judiciário a afastar a criança ou o adolescente da sua família de origem, incumbe inserir obrigatoriamente esta família em programas oficiais de auxílio.

### **3.1. A Institucionalização como Forma de Garantir à Convivência Familiar e Comunitária para Crianças e Adolescentes**

Todas as crianças e os adolescentes possuem, indiscutivelmente, o direito de ter uma família, na qual compete ao Estado e a sociedade garantir estes vínculos. No entanto, diante dos problemas financeiros, de situações de risco e da ausência de apoio

---

<sup>8</sup> Brasil. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei Federal n.º 8.069 de 13 de julho de 1990, art. 100.

<sup>9</sup> Custódio, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma: Unesc, 2009.

<sup>10</sup> Azambuja, Maria Regina Fay de. “A criança no novo direito de família”. In: Welter, Belmiro Pedro; Madaleno, Rolf Hanssen (Coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 283.

do Estado, muitas famílias não conseguem desempenhar suas funções de maneira autônoma, e, diante disto, a população infanto-juvenil permanece abandonada socialmente. Logo, a medida de acolhimento institucional constitui uma maneira de proteção para as crianças e adolescentes.

Além das violações de direitos previstas na Lei n.º 8.069/1990, no qual estipula o afastamento da criança ou do adolescente de sua família, há diversos outros fatores que impedem a permanência deles em suas residências. Dentre os motivos pode-se destacar, não apenas a falta de suporte à família no cuidado junto aos filhos, as dificuldades socioeconômicas e a inserção no mercado de trabalho, a insuficiência de creches, escolas públicas de qualidade em horário integral, mas, sobretudo, a inexistência das políticas públicas que garantam o direito à convivência familiar e comunitária<sup>11</sup>.

Nos termos das disposições contidas no ECA, o acolhimento institucional é medida cautelar excepcional e provisória, cuja finalidade é resguardar a criança e o adolescente quando sua família não puder cumprir sua função e sua responsabilidade. É importante destacar que a população infanto-juvenil inserida no programa de acolhimento institucional não poderá permanecer por um período superior a 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que justifique a permanência por um período maior<sup>12</sup>.

A introdução da cultura da institucionalização viabiliza não somente a compreensão acerca do modelo assistencialista adotado historicamente pelas famílias brasileiras, mas também possibilita o entendimento no que se refere à garantia do direito à convivência familiar e comunitária para a infância e para a juventude.

#### **4. As Políticas Públicas de Proteção Social as Famílias**

Observa-se, à legislação e a implementação de políticas públicas voltadas à infância e juventude no Brasil percorreram alterações substanciais e significativas ao longo dos anos.

O que explica o surgimento de políticas públicas é a oportuna existência dos direitos sociais, previsto entre os direitos fundamentais de toda pessoa humana, que se consolidam através das prestações positivas do Estado.

---

<sup>11</sup> Rizzini, Irene. *Acolhendo crianças e adolescentes: experiências de promoção de direito à convivência familiar e comunitária no Brasil*. São Paulo; Brasília: Cortez; UNICEF, 2007, p. 23.

<sup>12</sup> Brasil. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei Federal n.º 8.069 de 13 de julho de 1990.

Pelos preceitos de Martha Toledo Machado se não houver a efetivação dos direitos sociais para as crianças e adolescentes - de modo especial a educação, a saúde, a profissionalização, ao direito ao não-trabalho, bem como ao direito à alimentação – não será possível a proteção material aos seus direitos fundamentais<sup>13</sup>.

No que tange a concepção de políticas públicas, Bucci estabelece que o conceito de políticas públicas não se limita a esfera estatal, pode ser compreendida como a unificação de planos e programas, incluindo atividades privadas de instituições não-governamentais. Além disso, essas ações objetivam a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição e a realização de aspectos socialmente relevantes e politicamente determinados<sup>14</sup>.

Assim, de acordo com concepção comumente utilizada pelas pessoas, podemos afirmar que políticas públicas são as ações que os governos resolvem colocar em prática com o escopo de solucionar e amenizar os problemas públicos existentes na sociedade.

#### **4.1. Legislação e Proteção Social Através das Políticas Públicas de Promoção do Direito à Convivência Familiar e Comunitária**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu um novo modelo de proteção social no país. O artigo 194 enaltece a expansão dos direitos sociais e a admissão da Assistência Social como um dos direitos assegurados pela seguridade social<sup>15</sup>.

A criação do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), por meio da Lei n.º 8.242, de 12 de outubro de 1991<sup>16</sup>, também demonstra o significativo avanço na proteção social da infância e da juventude no Brasil. O órgão é responsável pela formulação, deliberação e controle das políticas públicas para a infância e a adolescência no âmbito federal.

Sob o mesmo enfoque, a Lei n.º 8.742, de 07 de dezembro de 1993, instituiu a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que estabelece a assistência social como direito do cidadão e dever do Estado. Dessa forma, a assistência social trata-se de um

---

<sup>13</sup> Machado, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 136.

<sup>14</sup> Bucci, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 239.

<sup>15</sup> Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>16</sup> Brasil. Lei n.º 8.242, de 12 de outubro de 1991. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de outubro de 1991. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8242.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8242.htm) [10 agosto 2016].

direito público subjetivo, pois qualquer pessoa que necessitar deverá ser amparado, obrigatoriamente, pelo Estado.

A assistência social no Brasil passou por diversas alterações positivas com algumas orientações a partir de 2004, tais como: a criação do Sistema único da Assistência Social (SUAS), modelo de gestão para operacionalizar os serviços de assistência social; a implementação da Norma Operacional Básica (NOB), que propõe duas modalidades de atendimento assistencial: Proteção Social Básica, que objetiva fortalecer os vínculos familiares e comunitários, e Proteção Social Especial, com a finalidade de proteger a famílias e os indivíduos que estão em situação de risco pessoal e Social<sup>17</sup>, bem como a concepção da Política Nacional de Assistência Social (PNAS), uma política que objetiva efetivar o amparo social como direito de cidadania e responsabilidade do Estado<sup>18</sup>.

Dessa forma, após uma breve explanação no que tange as mudanças ocorridas na concepção da política de assistência social brasileira, analisa-se um importante documento de proteção à infância e juventude: a proteção social proposta no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária (PNCFC).

Como forma de aprimorar o amparo social existente no país, o Governo Federal brasileiro lançou o PNCFC, com a finalidade de formular e implementar as políticas públicas que assegurem a garantia dos direitos as crianças e adolescentes do país.

O plano foi submetido a uma ampla participação pública, envolvendo inúmeros representantes institucionais de todas as regiões do Brasil e diversos órgãos deliberativos de políticas públicas para à infância e juventude, os quais compuseram uma comissão para elaborar subsídios e, por fim, apresentar ao Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes – CONANDA e ao Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS.

Tanto o CONANDA quanto o CNAS afirmam que apenas será garantida a política de promoção, proteção e defesa do direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária se houver a interação de todas as políticas sociais,

---

<sup>17</sup> Siqueira, Aline Cardoso, Dell’Aglia, Débora Dalbosco. “Políticas públicas de garantia do direito à convivência familiar e comunitária”. *Psicologia & Sociedade*, v. 23, n.º 2, 2011, p. 262-271.

<sup>18</sup> Brasil. *Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Política Nacional de Assistência Social. PNAS/2004*. Brasília, 2004. [http://www.mds.gov.br/cnas/politica-e-nobs/pnas-2004-e-nobsuas\\_08-08-2011.pdf](http://www.mds.gov.br/cnas/politica-e-nobs/pnas-2004-e-nobsuas_08-08-2011.pdf) [10 agosto 2016].

especialmente, se a família tiver o acesso a serviços de saúde, de educação de qualidade e de geração de emprego e renda<sup>19</sup>.

Portanto, relevante ressaltar que o PNCFC concebe um marco inicial importantíssimo na defesa do direito à convivência familiar e comunitária, e estabelece condições para fortalecer as políticas de atendimento às famílias, às crianças e aos adolescentes brasileiros.

Contudo, se torna imprescindível à reflexão acerca dos métodos de funcionamento do PNCFC, pois não é satisfatório existir documentos legais e regulamentos protetivos a população infanto-juvenil se não serão realmente efetivados.

Com base na realidade brasileira evidenciada, é possível compreender o amplo desafio que surge no Brasil sob a perspectiva de implementar as políticas públicas de garantia ao direito à convivência familiar e comunitária<sup>20</sup>. E, com base nisso, avalia-se os resultados de uma pesquisa, de âmbito brasileiro, acerca da política protetiva da infância e da juventude, apontada como acolhimento institucional.

#### **4.2. A Análise de Dados Brasileiros Acerca da Proteção ao Direito à Convivência Familiar e Comunitária**

O presente trabalho engloba a apreciação de dados que foram coletados do Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC/MDS<sup>21</sup> e do documento intitulado “*Um Olhar Mais Atento aos Serviços de Acolhimento de Crianças e Adolescentes no País*”.

O Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC/MDS é realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e promovido pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH) da Presidência da República, por meio da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança do Adolescente (SPDCA) e do Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). Conta com o apoio do Ministério do Desenvolvimento Social (MDS) e do Fundo das Nações Unidas para Infância (UNICEF)<sup>22</sup>.

A pesquisa envolveu 589 (quinhentos e oitenta e nove) abrigos, totalizando, assim, 88% do total de instituições conveniadas à Rede SAC no momento da sua

---

<sup>19</sup> Brasil. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, DF, 2006, p. 18 e 19.

<sup>20</sup> Siqueira, Aline Cardoso, Dell’Aglío, Débora Dalbosco. “Políticas públicas...”, p. 262-271.

<sup>21</sup> IPEA/CONANDA. *O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília, 2004.

<sup>22</sup> IPEA/CONANDA. *O Direito à Convivência Familiar...*

realização, na qual abrigavam aproximadamente 19.373 (dezenove mil trezentas e setenta e três) crianças e adolescentes<sup>23</sup>.

Não obstante, ainda que este levantamento não contemple a totalidade de abrigos no Brasil, a pesquisa denota dados significativos no que tange a estrutura de atendimento, ao perfil e ao funcionamento das instituições que auferem recursos do governo federal. Além disso, de maneira especial, a pesquisa traz informações para aprimoramento das políticas públicas voltadas à promoção do direito à convivência familiar e comunitária para crianças e para adolescentes.

Com base no universo investigado, observa-se que das instituições contempladas pela Rede SAC, aproximadamente a metade localiza-se na região Sudeste (49,1% das instituições e 45% do total de crianças) e que a região sul concentra 20,7% das instituições investigadas e contempla 15,5% do total de crianças acolhidas, conforme demonstra a tabela 1.

**Tabela 1**  
**Total de Crianças e de Abrigos da Rede SAC**

Região	N.º Crianças Atendidas		N.º de Abrigos Região	
	Quantidade	% do Total	Quantidade	% do Total
Norte	370	1,9	25	4,2
Nordeste	5.693	29,4	112	19,0
Sudeste	8.716	45,0	289	49,1
Sul	3.008	15,5	122	20,7
Centro-oeste	1.586	8,2	41	7,0
Total	19.373	100,0	589	100,0

**Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional dos Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.**

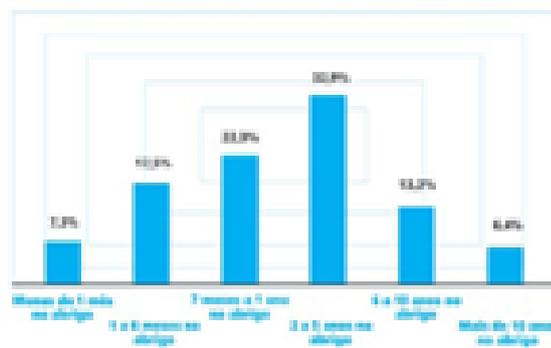
No que se refere à faixa etária das crianças e dos adolescentes acolhidas, na época de realização desta pesquisa, 11,7% tinham de zero a 3 anos; 12,2%, de 4 a 6 anos; 19,0%, de 7 a 9 anos; 21,8%, de 10 a 12 anos; 20,5%, de 13 a 15 anos; e 11,9%

<sup>23</sup> O levantamento traz informações relevantes sobre o perfil de abrigados (as) por faixa etária (conforme sexo, raça e cor) - por exemplo, se mantêm o vínculo familiar, se frequentam escolas e qual o motivo de ingresso nas instituições - e vários dados em relação aos abrigos: quantos apoiam a reestruturação familiar; qual o atendimento que oferecem; qual a situação em relação à promoção dos direitos à convivência familiar e comunitária, definidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), etc.

tinham entre 16 e 18 anos incompletos. Insta salientar que, embora da medida de abrigo se aplique somente à população menor de 18 anos, 2,3% dos pesquisados tinham mais de 18<sup>24</sup>.

Quanto ao tempo de permanência, segundo os dados apresentados no gráfico 1, 52,6 % das crianças e dos adolescentes estão nas instituições há mais de dois anos, ou seja, mais da metade dos pesquisados e, ainda, 6,4%, permanecem por um período superior a 10 anos.

**Figura 1**  
**Brasil: Proporção de Crianças e Adolescentes, Segundo o Tempo de Abrigamento**



Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.

Diante do exposto, verifica-se que na maioria dos casos analisados o período de acolhimento institucional ultrapassou, abusivamente, o tempo máximo de 2 anos previsto no art. 19, § 2º do ECA, evidencia-se, assim, o desrespeito aos direitos da criança e do adolescente, bem como aos princípios da excepcionalidade e da provisoriedade da medida.

O Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC/MDS demonstra que 86,7% dos abrigados têm família, sendo que 58,2% mantêm vínculos familiares. Além disso, a pobreza está entre os principais motivos do acolhimento institucional das crianças e dos adolescentes brasileiros, correspondendo a 52%<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Silva, Enid Rocha Andrade da. (Coord). *O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004, p. 48.

<sup>25</sup> IPEA/CONANDA. *O Direito à Convivência Familiar...*

No que tange ao direito à convivência familiar, o Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC/MDS analisou o atendimento promovidos pelas instituições de acolhimento através de quatro quesitos:

O primeiro, a preservação dos vínculos com a família de origem, no qual foram considerando dois grupos de ações desenvolvidas pelas instituições: ações de incentivo à convivência das crianças e dos adolescentes com suas famílias de origem e cumprimento do princípio de não-desmembramento de grupos de irmãos abrigados. Com base nos dados, verifica-se que somente 39 abrigos (6,6%) pesquisados desenvolvem as ações consideradas o mínimo razoável<sup>26</sup>.

O segundo, o apoio à reestruturação familiar, na qual demonstra que 78,1% das instituições concretizam as visitas domiciliares às famílias; 65,5% dos abrigos realizam o acompanhamento social; 34,5% promovem reuniões ou grupos de discussão e de apoio para os familiares dos abrigados; e 31,6% realizam a inclusão em programas oficiais ou comunitários de auxílio/proteção à família. Contudo, observa-se novamente que ao analisar as instituições que realizam todas as ações o percentual reduz bastante, sendo 14,1% do universo pesquisado, ou seja, corresponde a apenas 83 abrigos.

O terceiro, o incentivo à convivência com outras famílias, no qual aponta que 140 abrigos (23,8% do total) estimulam a promoção da convivência de crianças e adolescentes abrigados com outras famílias. E que 67,5% das instituições promovem a integração em família substituta sob as formas de guarda, tutela ou adoção e 55,3% utiliza os programas de apadrinhamento.

Por fim, o quarto, a estrutura residencial do abrigo, na qual foram considerados dois quesitos: as instalações físicas, que evidencia que apenas 17,5% das instituições são consideradas adequadas, totalizando 103 abrigos, e o atendimento em pequenos grupos, que, de acordo com o levantamento, observa-se que 4,2% das entidades recebem um número de crianças e adolescentes maior do que 100.

Por outro lado, no que tange ao direito à convivência comunitária, a pesquisa brasileira analisou através de dois quesitos:

O primeiro, a participação de crianças e adolescentes abrigados na vida da comunidade local, no qual se apresenta um quadro preocupante na tabela 2, pois apenas um terço (34,1%) dos abrigos pesquisados (201 instituições) utilizam serviços externos disponíveis na comunidade para oferecer às crianças e aos adolescentes institucionalizados, tais como: creche; ensino regular; profissionalização para

---

<sup>26</sup> IPEA/CONANDA. *O Direito à Convivência Familiar...*

adolescentes; assistência médica e odontológica; atividades culturais, esportivas e de lazer; e assistência jurídica. As demais (65,9%) oferecem pelo menos um desses serviços tão somente dentro da instituição.

**Tabela 2**  
**Participação na Vida da Comunidade Local**

Critério Considerado	Abrigos que atendem (%)
1. Utilizam serviços especializados existentes na comunidade	34,1%

**Fonte: IPEA/DISOC, Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC (2003)**

Resta, por fim, o segundo, a participação de pessoas da comunidade no processo educativo do abrigo, no qual se demonstra que 35,1% das instituições contam com trabalho voluntário em suas equipes técnicas e 30,2% têm voluntários que realizam serviços complementares. Por outro lado, apenas 18,5% (109 abrigos) têm pessoas da comunidade que cooperam nos dois grupos de atividades e apenas 6,6% das instituições utilizam os todos os serviços disponíveis na comunidade<sup>27</sup>.

Em uma perspectiva mais atual e abrangente, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), através da Resolução n.º 71, de 15 de junho de 2011, realizou um levantamento - *Um Olhar Mais Atento aos Serviços de Acolhimento de Crianças e Adolescentes no País* - que inspecionou até março de 2013, 86,1% de todas as entidades do Brasil, que corresponde a 2.370 entidades. Constata-se na inspeção que das 30.340 crianças acolhidas, 29.321 estão em abrigos institucionais e somente 1.019 são atendidas em programas de acolhimento familiar<sup>28</sup>.

O documento elaborado pelo CNMP demonstra que em 2013 os motivos pelos quais as crianças e os adolescentes são abandonados nas instituições variam entre negligência, violência, carência material, abandono, entre outros. Entretanto, a negligência dos pais ou dos responsáveis (81%) e a dependência por drogas ou por álcool dos pais ou dos responsáveis (81%) representam as duas principais razões do acolhimento institucional (84%). A terceira maior causa é o abandono (78%), seguido

<sup>27</sup> Silva, Enid Rocha Andrade da. (Coord). *O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004, p. 234.

<sup>28</sup> Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 71, de 15 de junho de 2011. *Um Olhar Mais Atento aos Serviços de Acolhimento de Crianças e Adolescentes no País*, 2013. [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Res\\_71\\_VOLUME\\_1\\_WEB\\_.PDF](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Res_71_VOLUME_1_WEB_.PDF) [13 agosto 2016].

pela violência doméstica (57%) e pelo abuso sexual (44%). A justificativa para que o somatório dos índices ultrapassem 100% decorre do fato de que os investigados poderiam alegar mais de um motivo como causa de acolhimento, durante a realização da pesquisa<sup>29</sup>.

Nesse sentido, existem impasses na efetivação do direito à convivência familiar e comunitária para as crianças e os adolescentes. Tais impasses necessitam ser superados por meio da elaboração conjunta de planos de ações não somente com organizações de defesa e operação dos direitos da infância e da juventude, mas também com as instituições de atendimento, com o intuito de que as decisões sejam tomadas de maneira coletiva, com a participação de todos os atores que estão inseridos no sistema de garantia de direitos<sup>30</sup>.

## 5. Considerações Finais

As políticas públicas existentes no Brasil representam, na atualidade, um dos maiores desafios a serem enfrentados no que se refere à proteção integral da população infanto-juvenil. Com base nisso, este artigo teve o intuito de sistematizar questões inerentes acerca das políticas sociais protetivas como forma de avaliar o direito à convivência familiar e comunitária.

No Brasil, os preceitos de garantias de direitos da criança e do adolescente passou por significativas reformulações com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do ECA. As normas e os instrumentos legislativos regulamentam a incumbência à família, a sociedade e ao Estado de proporcionar o direito fundamental à convivência familiar e comunitária para a infância e a juventude. Nesse sentido, observa-se que o acolhimento institucional torna-se uma medida de atendimento às famílias que estão em uma situação de maior vulnerabilidade social.

As ações que os governos decidem colocar em prática, com a finalidade de diminuir os problemas públicos existentes na sociedade têm uma contribuição insuficiente para amenizar as condições de vulnerabilidade das famílias, tratando-se de uma dificuldade sob a perspectiva do direito público.

Mas, certamente, é preciso destacar que o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e

---

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Rizzini, Irene. Acolhendo crianças... , p. 131.

Comunitária representou um marco nas políticas públicas brasileiras, ao reforçar o paradigma da proteção integral e da preservação dos vínculos familiares e comunitários.

Diante dos dados apresentados, tanto no Levantamento Nacional de Abrigos da Rede SAC/MDS, quanto no documento ‘*Um Olhar Mais Atento aos Serviços de Acolhimento no País*’, é possível assegurar que a proposta de proteger as crianças e os adolescentes de maneira integral deparou-se com barreiras para efetivação dos direitos fundamentais, em uma conjuntura na qual o Estado fornece condições mínimas de assistencialismo às famílias. Dentre os principais obstáculos evidenciados para a eficácia das políticas de atendimento, sobressaem-se não apenas a falta de cumprimento do PNCFC, mas, sobretudo, a ausência de políticas públicas capazes de solucionar as ameaças e as violações de direitos à infância juventude.

Por fim, registra-se que é necessário melhor aparelhar a estrutura das políticas públicas existentes no Brasil contemporâneo para garantir o direito à convivência familiar e comunitária para aqueles que mais necessitam. Além disso, a plena efetivação dessas ações depende de uma adequada formação de uma rede de atendimento, composta pela cooperação de diversos órgãos e autoridades de diferentes áreas, e de um sistema de proteção e de garantia de direitos, cuja estrutura de funcionamento abrange a integração da sociedade e do Estado.

### **Referências Bibliográficas:**

- Amin, Andréa Rodrigues. “Evolução histórica do direito da criança e do adolescente”.  
In: Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- Azambuja, Maria Regina Fay de. “A criança no novo direito de família”. In: Welter, Belmiro Pedro; Madaleno, Rolf Hanssen (Coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- . *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei Federal n.º 8.069 de 13 de julho de 1990.
- . *Lei n.º 8.242, de 12 de outubro de 1991*. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e dá outras providências. Diário

- Oficial da União, Brasília, DF, 16 de outubro de 1991. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8242.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8242.htm) [10 agosto 2016].
- . *Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Política Nacional de Assistência Social. PNAS/2004.* Brasília, 2004. [http://www.mds.gov.br/cnas/politica-e-nobs/pnas-2004-e-nobsuas\\_08-08-2011.pdf](http://www.mds.gov.br/cnas/politica-e-nobs/pnas-2004-e-nobsuas_08-08-2011.pdf) [10 agosto 2016].
- . *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.* Brasília, DF, 2006.
- Bucci, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002.
- Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 71, de 15 de junho de 2011. *Um Olhar Mais Atento aos Serviços de Acolhimento de Crianças e Adolescentes no País,* 2013. [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Res\\_71\\_VOLUME\\_1\\_WEB\\_PDF](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Res_71_VOLUME_1_WEB_PDF) [13 agosto 2016].
- Custódio, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente.* Criciúma: Unesc, 2009.
- IPEA/CONANDA. *O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil.* Brasília, 2004.
- Machado, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.* Barueri. SP: Manole, 2003.
- Madaleno, Rolf. “O preço do afeto”. In: Pereira, Tânia da Silva; Pereira, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- Rizzini, Irene, Pilotti, Francisco. *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil.* 3ª ed.. São Paulo: Cortez, 2010.
- Rizzini, Irene. *Acolhendo crianças e adolescentes: experiências de promoção de direito à convivência familiar e comunitária no Brasil.* São Paulo; Brasília: Cortez; UNICEF, 2007.
- Silva, Enid Rocha Andrade da. (Coord). *O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil.* Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

Siqueira, Aline Cardoso, Dell’Aglío, Débora Dalbosco. “Políticas públicas de garantia do direito à convivência familiar e comunitária”. *Psicologia & Sociedade*, v. 23, n.º 2, 2011, p. 262-271.

**¿PRINCESA O SUPERHÉROE?:  
LOS CATÁLOGOS DE JUGUETES COMO PERPETUADORES  
DEL SEXISMO Y DE LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO**

**PRINCESS OR SUPERHERO?:  
TOYS CATALOGUES AS PERPETUATORS OF SEXISM  
AND GENDER STEREOTYPES**

Sandra Luis Sánchez  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** El presente trabajo de investigación analiza el grado de sexismo en la publicidad infantil en España, concretamente la relativa a los catálogos de juguetes de las campañas navideñas. Con el mismo se pretende revisar el volumen de estereotipos y roles de género tradicionales dirigidos al público infantil, principal destinatario de las estrategias publicitarias de grandes empresas especializadas en el sector juguetero español. Campañas que no siempre sopesan la vulnerabilidad de los niños y niñas, induciéndoles, en ocasiones, a un peligroso consumismo.

**Palabras clave:** Catálogos de juguetes, Estereotipos de género, Público infantil, Sexismo.

**Abstract:** This research analyzes the degree of sexism of the advertising campaigns targeting children, focusing on those offering toys catalogues in Christmas. It aims to view the volume of stereotypes and traditional gender roles directed to children, who are the primary recipient of the advertising strategies of large companies specialized in the Spanish toy sector. Those commercial campaigns not always observe the children's vulnerability, leading sometimes to a dangerous consumerism.

**Keywords:** Toy Catalogues, Gender Stereotypes, Child audience, Sexism.

## **1. Introducción**

Desde que el ser humano existe, surgen la motivación y la necesidad de buscar distracciones y divertimentos, especialmente durante la niñez, por lo que hablar de la historia del juego significa, a su vez, hablar de la historia de la humanidad, dado que este último es universal. Tras innumerables investigaciones, la Psicología evolutiva ha concluido que el juego es una actividad necesaria para el desarrollo de la persona. Tanto es así, que está considerado por la UNESCO como un Derecho Fundamental de la Infancia.

Existe una amplia bibliografía sobre el tema del sexismo en la publicidad infantil. Por un lado, son numerosas las guías que, desde diversos organismos, abordan dicha problemática, a las que se les debe añadir una importante cantidad de artículos. Además, en España contamos con un amplio marco legislativo en materia de publicidad infantil, que será brevemente expuesto en páginas posteriores del presente trabajo.

Nuestra hipótesis es que, a pesar de lo anteriormente mencionado, la publicidad infantil, y, en concreto, los catálogos de juguetes de las campañas navideñas, requieren un estudio más pormenorizado, puesto que continúan estando plagados de estereotipos y roles sexistas, con lo cual, actúan como perpetuadores de los modelos tradicionales de masculinidad y feminidad. Con el objetivo de demostrar esto último, se determinó realizar un pequeño estudio a nivel local, concretamente en la ciudad castellanoleonesa de Salamanca, durante el periodo pre-navideño del año 2014-2015, esto es, el comprendido entre los meses de noviembre y diciembre. El objetivo primordial perseguido consistió en analizar catálogos de juguetes impresos con el fin de observar ejemplos reales de dichos estereotipos y roles de género. De modo que la primera tarea consistió en elegir algunos catálogos de juguetes correspondientes a la anteriormente mencionada campaña de Navidad.

Dado que la oferta de juguetes por parte del conjunto de empresas ofertantes de la ciudad era muy similar, se decidió elegir una muestra final de tres catálogos, pertenecientes a diferentes empresas –dos de ellas de ámbito nacional, *Carrefour* y *Toys 'R' Us*, y la última de ámbito local, *Diversity*- con el objetivo de observar el volumen de juguetes estereotipados y/o sexistas ofertados y estimar su impacto en la población infantil a nivel local, primero, y a nivel nacional, después. El modo de proceder se efectuó de la siguiente manera:

Se fueron analizando uno a uno, y al detalle, los tres catálogos de juguetes elegidos. Una vez hecho esto, se dividió al público infantil en tres etapas de edades diferentes: bebé-preescolar, niños y niñas hasta 12 años y preadolescentes. En la etapa de “niños y niñas hasta 12 años”, subdividimos, asimismo, en tres diferentes categorías, en función de los estereotipos y roles de género encontrados: “juguetes dirigidos a niñas”, “juguetes dirigidos a niños” y “juguetes mixtos”. El motivo de esta subdivisión recae en que durante esta etapa es en la que se oferta un mayor número de juguetes, por lo que requiere especial interés y un análisis más minucioso. Todo ello se inserta en el siguiente apartado, denominado “tendencias generales de los catálogos de juguetes actuales”. En cada una de las etapas se hace referencia a varios ejemplos de juguetes sexistas o estereotipados encontrados, que actuarán como pruebas fehacientes de nuestra hipótesis.

## 2. Tendencias generales de los catálogos de juguetes actuales

### 2.1. Bebé-Preescolar

Existe un predominio de juguetes mixtos, esto es, para ambos sexos, con una gran variedad de colores. Si bien, en los tres catálogos analizados aparecen varias excepciones a lo anterior, es decir, juguetes que, en principio, parece que vayan dirigidos a ambos sexos, pero que, si observamos detenidamente, comprobamos que tienen una marcada asignación:

- Del color en función del sexo al que vaya dirigido:

Hasta los años 70 del siglo XX, los colores se usaban indistintamente. Sin embargo, a partir de esa fecha, la asignación del color en función del sexo se convierte en una etiqueta comúnmente aceptada en la sociedad para distinguir a uno u otro sexo, especialmente en lo que atañe a los colores azul y rosa. En el caso específico de los catálogos de juguetes, los códigos de colores sirven para dividir su oferta por sexos, actuando de guías para los niños y las niñas, quienes únicamente pondrán su atención en las páginas de los catálogos de juguetes que identifiquen con su género (azul o colores como el naranja, rojo o verde, en el caso de los niños y rosa o tonos pastel, en el de las niñas). En los tres catálogos de juguetes analizados aparecen numerosos ejemplos de esta asociación<sup>1</sup>.

- De las tareas en función del género:

La clasificación sexual de los empleos ha sido una constante desde la incorporación de la mujer al mercado laboral, allá por el siglo XIX. Aquel trabajo en el que se requería cierta delicadeza, paciencia o agilidad con las manos era considerado como femenino, mientras que en el que se necesitaba fuerza, velocidad o habilidad se delimitaba como masculino. La consecuencia principal de este pacto social fue la división de ciertos trabajos o tareas en femeninos o masculinos, la cual continuamos arrastrando en la actualidad. En los tres catálogos analizados existen algunos ejemplos de esta asignación tradicional de “roles o profesiones masculinas o femeninas”; si bien, es necesario señalar que se encontraron más ejemplos de las primeras<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Obsérvense, entre otros, los siguientes: *Carrefour*: “Perrito ABC” (p. 10), “Mi Osito Niño o Niña” y “Correpasillos Andarín” (p. 14); *Toys ‘R’ Us*: “Gimnasio piano pataditas” (p. 7), “Perrito o perrita amoroso aprendizaje” (p. 7), “Mesita parlanchina 2 en 1” (p. 8), “Mi Osito azul o rosa” (p. 8), “Mi primera batería” (p. 13), “Teclado electrónico con taburete” (p. 13); *Diversity*: “Firstbike o First Bike rosa” (p. 8), “Tablet táctil Multiled” (p. 10), “Orinal Disney Mickey o Minnie” (p. 12), “Eco Mega Bolsa 60 piezas” (p. 17).

<sup>2</sup>*Carrefour*: en el caso de las niñas tenemos a la “Doctora Especialista” (p. 21), mientras que, en el de los niños “Mi primer garaje + DVD” (p. 9) y la “Pista de Carreras Mega Bloks” (p. 20); *Toys ‘R’ Us*: en el caso de las niñas “Bata doctora cirugía con accesorios” (p. 12) y en el de los niños “Mega Pista de

## 2. 2. Niñas hasta 12 años

Se observa una preferencia por los colores rosa, lila, morado, azul celeste y tonos pastel, tanto en los juguetes ofertados como en las páginas en las que estos aparecen. Esto queda plasmado en los tres catálogos analizados<sup>3</sup>. Asimismo, la mayor parte de los juguetes dirigidos particularmente a este sexo aluden de manera continua:

- Al rol de género femenino tradicional del cuidado:

Desde pequeñas, las niñas eran instruidas en los trabajos del hogar y, al convertirse en mujeres, quedaban relegadas al papel tradicional de madres y esposas abnegadas. Durante la etapa franquista se dedicó, incluso, una unidad específica a tales efectos, denominada "Sección Femenina", cuya función principal consistía en educar a todas las niñas para que se convirtieran en mujeres dedicadas, en exclusiva, al cuidado de su marido y sus hijos/as. Tanto fue así, que la mujer que osara desvincularse de dicho modelo podía ser, incluso, castigada penalmente.

- Al mundo de las princesas:

Lo femenino continúa siendo asociado - además de con el cuidado de los hijos/as y lo doméstico - con la docilidad, la inactividad, la subordinación y la dependencia. Todo ello queda representado en el recurrido estereotipo de las princesas: seres bellos, frágiles y con todas las características mencionadas anteriormente<sup>4</sup>.

En cuanto a las profesiones, estas se asignan claramente en función de los roles tradicionales de género: en el caso de las mujeres que decidían trabajar (previo permiso del marido), estas quedaban relegadas a trabajos directamente relacionados con "su propia naturaleza", es decir, los que requiriesen cuidado, paciencia, gusto por los

Carreras Looping" (p. 8), "Camión educativo Sansone" (p. 9), "Correpasillos Jeep 4x4" (p. 9), "Thomas Tren Parlanchín Radio Control" (p. 10) y "Banco de trabajo" (p. 13). Finalmente, la tienda *Diversity* nos ofrece, en el caso de las niñas "Kidi Pet 2" (p. 10), "Picnic comparte y aprende" (p. 14), "Cocina Minnie" y "Set de Limpieza Minnie" (p. 21), y, en el de los niños "Cuenta goles" y "Gilberto camión de bomberos" (p. 6), "Vehículos construcción" y "Mecánico Junior" (p. 7). Dicha asignación tradicional se hace más notable en las etapas de ambos sexos comprendidas entre los 5 y los 12 años.

<sup>3</sup>*Carrefour*: desde la p. 22 a la p. 59, reforzado con un fondo color rosa y un pequeño dibujo de una niña portando utensilios de cocina en la esquina de la parte izquierda de algunas páginas; *Toys 'R' Us*: desde la p. 26 a la p. 38, en las que se puede observar, además, un color de fondo rosado; *Diversity*: pp. sueltas 21, 23, 24, 50 y 51, así como las que comprenden el conjunto de pp. desde la 28 a la 47.

<sup>4</sup>Algunos ejemplos de ello los encontramos en *Carrefour*: "Palacio de princesas y hadas Pinypon" (p. 30), "El castillo mágico del Arcoiris My Little Pony" (p. 32), "Barbie Princesa peinados con estilo" (p. 38), "Barbie princesa de las perlas" (p. 40), "Princesas luces mágicas" (p. 43), "Princesa Sofía o Amber" (p. 44), "Hermanas y princesas Frozen" (p. 45), etc.; *Toys 'R' Us*: "Gitzy castillo" (p. 21), "Vestido princesa con accesorios" (p. 26), "Princesa Elsa musical vestido luminoso" y "Princesas Frozen música mágica" (p. 31), "Nancy Princesa" (p. 32), "Princesas clásicas Disney" (p. 35), "Carroza con princesa y príncipe Pinypon" (p. 37), etc.; *Diversity*: "Palacio Pinypon con príncipe, princesa, rana y llaves secretas" (p. 29), "Princesas luces mágicas", "Princesas clásicas" y "El castillo de Disney" (p. 34), "La gran coronación" (p. 35), "Elsa y Kristoff" (p. 39), "Princesse cuento 105 cm" (p. 42).

detalles y/o tareas del hogar. Posteriormente, se fomentó que las mujeres que accedieran a estudios universitarios lo hicieran en carreras relacionadas con el cuidado, tales como magisterio o enfermería<sup>5</sup>. Igualmente importante es el mensaje subliminal que subyace en un gran número de juguetes ofertados para niñas, esto es, el cuidado del aspecto físico: “tienes que estar muy delgada, ir a la moda y maquillarte para triunfar”. A consecuencia de mensajes subliminales como este, y el calado que tienen en la sociedad actual, aparecen o se intensifican trastornos alimenticios como la anorexia o la bulimia, así como problemas de autoestima por no tener o conseguir el “cuerpo deseado” que la publicidad proyecta<sup>6</sup>.

### 2.3. Niños hasta 12 años

Prevalen los colores fuertes, como el rojo, azul, verde y naranja. Esto queda demostrado en los tres catálogos analizados<sup>7</sup>. Paralelamente, se observa una alusión continua a la fuerza física, la violencia y la velocidad, cualidades tradicionalmente

---

<sup>5</sup>Estas tendencias continúan muy presentes en los catálogos de juguetes actuales, en los que encontramos ocupaciones como: *Carrefour*: cajera → juguete “Supermercado con carrito” (p. 25); pediatra → juguete “Consulta Nenuco” (p. 26); peluquera → juguetes “Lava y Peina Nenuco” (p. 27) y “Escuela de Peluquería” (p. 35); maestra → juguete “Nenuco y su hermanito en el colegio” (p. 28); esteticista → juguetes “Spa Centro de Belleza Pinypon” (p. 30) y “Maquillaje corazón musical Frozen” (p. 47), etc.; *Toys R Us*: diseñadora de abalorios → juguetes “Taller de joyas” y “Trendy Art Deluxe” (p. 20); esteticista → juguete “Centro de belleza la Señorita Pepis Rubia” (p. 26), “Set de maquillaje doble corazón Frozen” (p. 30) y “Estación de uñas” (p. 31); cajera → juguetes “Caja registradora/habladora” (p. 27), así como otros mencionados en el catálogo de Carrefour (maestra y pediatra); *Diversity*: las mismas que en los otros dos catálogos.

<sup>6</sup>Algunos ejemplos a destacar en los catálogos de juguetes analizados son: *Carrefour*: “Spa centro de belleza Pinypon” (p. 30), “Pasarela de moda Pinypon” (p. 31), “Nancy Fashion Star” y “Camerino de estrella” (p. 35). Todas las muñecas de la marca *Nancy* (pp. 36-37) tienen un cuidado aspecto físico, van maquilladas y a la moda, así como la mayoría de muñecas de la archiconocida marca “Barbie” (pp. 38-41); *Toys R Us*: además de las muñecas de las marcas *Nancy* (pp. 32-33), *Barbie* (pp. 34-35) y Pinypon (p. 37), se deben destacar los siguientes juguetes: “Orbeez Luxury Spa” y “Orbeez Spa de manos” (p. 22), “Pop uñas o decora tu pelo” y “Vestido alfombra roja” (p. 26), “Estuche cosmético surtido Frozen” (p. 30), muñecas “Monster High” (p. 33); *Diversity*: además de todo lo anteriormente descrito, es importante señalar que incluso los juguetes relacionados con mascotas aparecen muy adornados e incluso maquillados, como, por ejemplo “My Little pony” (p. 30). Asimismo, encontramos “set de maquillaje / disfraz de lujo *Mia and me*” (p. 31), “Busto peinable princesa Sofía deluxe” (p. 34), muñecas “Ever After High” (p. 35), diversos accesorios de la marca de Disney “Violetta” (p. 37), “Hairchox mechas temporales” (p. 50), los diversos juguetes relacionados con el maquillaje y la belleza de la p. 51, etc.

<sup>7</sup>*Carrefour*: desde p. 60 a p. 93, reforzado además con un fondo color verde y un pequeño dibujo de un niño portando un dinosaurio en la esquina de la parte izquierda de algunas páginas; *Toys R Us*: desde p. 39 a p. 57, con tonos de fondo azul, naranja, verde, rojo y grisáceo. Además, es importante señalar que la oferta de juguetes dirigida a niños es mayor, dado que existe un mayor número de páginas que la dirigida a niñas en la misma franja de edad; *Diversity*: pp. sueltas 23, 25, 52, 53, 54 y las comprendidas desde la p. 70 hasta la 91.

coligadas al sexo masculino, además de otras como la acción, la agresividad, el poder, la autonomía y/o el liderazgo<sup>8</sup>.

En cuanto a las profesiones, estas se asignan nuevamente en función de los roles de género tradicionales. De ahí que, en los tres catálogos analizados, las ocupaciones más comunes dirigidas a los niños sean, entre otras, las de mecánico, futbolista, camionero, bombero y boxeador. Del mismo modo, al igual que en el caso de los juguetes “para niñas” relacionados con la imagen decíamos que aparece enmascarado el mensaje subliminal de poseer belleza y delgadez para triunfar, en el caso de algunos juguetes “para niños”, concretamente los relacionados con superhéroes (Spiderman, Batman, Las tortugas ninja...) subyace un nuevo mensaje: “tienes que estar musculoso o tener esa forma física para ser un verdadero superhéroe”. Tan en forma que recuerda, incluso, a un problema que ha ido en aumento durante estos últimos años: la vigorexia (trastorno del comportamiento que se caracteriza por la obsesión de conseguir un cuerpo musculoso). Así como en otros trastornos como la anorexia, la persona que lo padece nunca se ve lo suficientemente delgada, en este caso, nunca se verá lo suficientemente musculosa<sup>9</sup>.

#### 2. 4. Juguetes mixtos

Si observamos detenidamente los juguetes dirigidos a este público en concreto, comprobaremos que, continuamente, reproducen estereotipos y/o roles de género tradicionales<sup>10</sup>. En cuanto a los juguetes dirigidos a ambos sexos en los que no se

<sup>8</sup>Algunos ejemplos de ello en los catálogos de juguetes analizados son Carrefour: “Pistola + slugs slug terra” (p. 63), “Figuras Invizimals” (p. 69), “Transformers” (p. 72), camiones y aviones (pp. 82-88), circuitos “Scalextric” (p. 91); Toys ‘R’ Us: diversos juguetes de las conocidas marcas “Lego” (pp. 41-42), “Playmobil” (pp. 42-43), “Star wars” (p. 46), “Dragons” (p. 48), “Hotwheels” (p. 53), etc.; Diversity: además de lo mencionado anteriormente, juguetes de dinosaurios (p. 76-77), helicópteros (p. 79) y coches/motos eléctricos radiocontrol (p. 91).

<sup>9</sup>Algunos ejemplos sobre el aspecto fuerte y vigoroso de algunos juguetes dirigidos a niños los encontramos en las siguientes páginas: Carrefour: “Las tortugas ninja”, (pp. 64-65), “The amazing Spiderman 2” (p. 70), “Avengers Assemble de Marvel” (p. 71) y “Transformers” (p. 72). Es importante añadir que dichos cuerpos están conformados por una gran espalda y pecho y, en contraste, una pequeñísima cintura, medidas que, al igual que ocurre con las famosas muñecas Barbie, son prácticamente imposibles en un cuerpo humano real; Toys ‘R’ Us: se repite la misma tendencia que en el catálogo anterior y con las mismas marcas, esto es, diversos juguetes de la factoría Marvel (p. 44), “Las Tortugas Ninja” (p. 47), “Transformers” (p. 45), así como otros juguetes en los que sus protagonistas son hombres musculosos, como, por ejemplo, “Figuras luchadores elite” (p. 46); Diversity: ocurre lo mismo que lo citado unas líneas atrás (ver pp. 71-75).

<sup>10</sup>A tales efectos, resultan especialmente relevantes los juguetes de la conocida marca alemana Playmobil, que, a pesar de que en los últimos tiempos parece haber creado un mayor número de muñecas integrándolas en profesiones tradicionalmente masculinas para ofrecer una imagen más igualitaria de sus juguetes, lo cierto es que continúa rigiéndose por patrones tradicionales. Como muestra de ello, se han elegido dos juguetes de esta marca. Si observamos con atención las portadas de las cajas donde se

aprecian estereotipos ni sexismo es necesario señalar que son, sobre todo, los relacionados con las manualidades y los juegos de mesa.

## 2. 5. Preadolescentes

Los fabricantes de juguetes dedican menor atención a esta etapa que a las precedentes, lo que se traduce en una escasa oferta de juguetes. Por el contrario, se les presenta una mayor oferta de juegos. La mayor parte de los mismos aluden a la violencia y se presentan en formatos de tonos oscuros, lo cual, teniendo en cuenta lo comentado anteriormente sobre los colores, observamos que se dirigen, de manera indirecta, a los varones<sup>11</sup>.

## 3. Los problemas de la autorregulación en España

En palabras textuales de la autora Ana Carretero “los medios de comunicación y la publicidad tienen una importante responsabilidad en la configuración de una imagen estereotipada de la mujer, de una imagen no coherente con la sociedad que pretendemos construir y de una imagen que atribuye roles que mantienen al hombre como ser creador, imaginativo y con poder de decisión (...)”<sup>12</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, y una vez realizado el análisis de los catálogos de juguetes, se pensó en la importancia de investigar acerca de las leyes que velan por los derechos de los y las menores en materia de publicidad y medios de comunicación. Se encontraron las siguientes:

- Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional publicada en BOE nº 312 de 30 de diciembre de 2005, de la que cabe mencionar, dentro del Capítulo I de la misma, sus artículos 3.3.: "Las campañas institucionales contribuirán a fomentar la igualdad entre hombres y mujeres (...)", así como el 4.1.c., en el que se prohíbe "promover o contratar campañas institucionales de publicidad y

---

encuentran dichos juguetes podremos comprobar lo siguiente: Juguete nº1 → “Caravana familiar” (catálogos *Toys R Us* –p. 43- y *Diversity* –p. 53- ). Se observa una clara distinción entre el comportamiento de la muñeca (ocupándose de las tareas domésticas) y el muñeco (sentado y descansando, siendo servido por ella). Esto reproduce los roles tradicionales de género, en los que la mujer tiene como obligaciones ocuparse de la casa y del cuidado de sus hijos y de su marido; Juguete nº 2 → “Castillo de cristal” (catálogo *Toys R Us* –p. 43- y *Diversity* –p. 53- ). En la imagen volvemos a toparnos con el recurrido estereotipo de la princesa delicada que vive en su castillo rosa esperando a su príncipe azul.

<sup>11</sup>Ejemplos: *Carrefour* (pp. 138-141) y *Toys R Us* (pp. 62, 64).

<sup>12</sup> Carretero García, Ana. “Publicidad sexista y medios de comunicación”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, 10, p. 133.

comunicación que incluyan mensajes discriminatorios, sexistas o contrarios a los principios, valores y derechos constitucionales".

- Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, publicada en BOE nº 79 de 1 de abril de 2010, cuyo artículo 4.2. del Capítulo I dice así: "La comunicación audiovisual nunca podrá incitar al odio o a la discriminación por razón de género o cualquier circunstancia personal o social y debe ser respetuosa con la dignidad humana y los valores constitucionales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres"; Art. 56: "Las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias de supervisión, control y protección activa para garantizar el cumplimiento de lo previsto en esta Ley, y, en su caso, la potestad sancionadora en relación con los servicios de comunicación audiovisual (...)"; Art. 57: serán infracciones muy graves, entre otras, 57.1. "la emisión de contenidos que de forma manifiesta fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión (...)", 57.2. "La emisión de comunicaciones comerciales que vulneren la dignidad humana o utilicen la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio"; Art. 60.1: recoge las sanciones por incumplimiento de lo anterior, bajo la forma de infracciones, su grado y multas económicas.

- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, publicada en BOE nº 71 de 23 de marzo de 2007, la cual supuso un antes y un después en lo que a regulación de conductas discriminatorias y sexistas se refiere, especialmente en el terreno de los medios de comunicación y la publicidad, a los que dedica los siguientes artículos: Art. 39.1: "Todos los medios de comunicación respetarán la igualdad entre mujeres y hombres, evitando cualquier forma de discriminación; Art. 41: La publicidad que comporte una conducta discriminatoria de acuerdo con esta Ley se considerará publicidad ilícita (...)".

Asimismo, resulta de especial interés conocer los diferentes organismos encargados de proteger al público infantil y de imponer las debidas denuncias y/o sanciones a las empresas que infringen las normativas establecidas, haciendo especial hincapié en la publicidad dirigida a menores, por entender que el público infantil es mucho más vulnerable. En España, contamos con un sistema de autorregulación o autodisciplina publicitaria, es decir, una organización compuesta por anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación, y gestionada a través de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, esto es,

“Autocontrol”. Paralelamente, existen otras figuras como el Defensor del Pueblo, el Defensor del Menor y organismos como el Instituto de la Mujer (Ministerio de Igualdad), el Observatorio de la Imagen de la Mujer (OIM), el Consejo Audiovisual de Cataluña (CAC) y un gran número de asociaciones.

#### 4. Conclusiones

Desde el momento en que nacemos, niños y niñas recibimos distintos mensajes en función del sexo al que pertenezcamos. De ahí que las normas, los gustos, las habilidades y un largo etcétera varíen considerablemente. Esto se conoce como "socialización diferenciada", y, en la misma, están implicados los denominados agentes socializadores (familia, amigos, escuela, medios de comunicación, etc.). Estos últimos, junto a la publicidad, resultan ser herramientas imprescindibles para erradicar conductas sexistas en la sociedad.

Si bien, y como se ha podido comprobar a lo largo del presente trabajo a través de los tres catálogos de juguetes analizados, lejos de suprimir el sexismo de sus mensajes, lo reproducen, con lo que se convierten en instrumentos potenciadores del mismo, a la vez que en transmisores de roles y estereotipos de género. Además, en el caso del público infantil, el problema se intensifica, puesto que se encuentran en pleno proceso de formación y socialización, y representar con mayor intensidad y frecuencia los patrones de roles tradicionales masculinos y femeninos tiene como consecuencia directa que los niños y las niñas los aprendan como realidades normales y los imiten, propiciando su continuidad en la sociedad.

En el caso concreto de los juguetes, son las familias las que, en primer lugar, deberían plantearse el valor educativo de estos últimos. Igualmente importante es intervenir desde la educación escolar, con el fin de enseñarles a detectar y analizar los estereotipos y roles de género existentes, a diferenciar lo real de lo engañoso, a denunciar las actitudes sexistas, a desmontar mitos y falsedades, todo ello desde la coeducación, puesto que si únicamente desarrollan valores y actitudes diferentes para uno y otro sexo lo que estaremos propiciando será un desarrollo parcial e incompleto. Para lograrlo, cobra cada vez más fuerza la iniciativa denominada “do it yourself”, que consiste en la fabricación propia de juguetes igualitarios, no sexistas y cuidadosos con el medio ambiente.

Por otro lado, es necesario señalar que, a pesar de que los roles de género han ido cambiando a lo largo de las últimas décadas favoreciendo, de manera general, una

mayor igualdad, cooperación y corresponsabilidad entre mujeres y hombres, niños y niñas y familias, estos avances sociales apenas se reflejan en los catálogos de juguetes analizados, los cuales continúan perpetuando los modelos tradicionales de masculinidad y feminidad, por lo que ha sido necesario establecer mecanismos vigilantes y sancionadores de ese tipo de conductas y actitudes. Si bien, esta medida tampoco resulta muy halagüeña, puesto que, a pesar de todo el conjunto de leyes que regulan la publicidad infantil éstas son, a menudo, ambiguas y poco precisas, situación de la que las empresas, tanto creadoras como ofertantes de estos productos, se aprovechan, debido a las diversas interpretaciones y/o percepciones a las que se da lugar. Prueba de ello son las escasas resoluciones judiciales dictadas hasta el momento en materia de publicidad ilícita por motivo sexista. Además, las que se establecen están relacionadas, en su mayoría, con multas económicas, sin mayores consecuencias, lo cual no supone un problema para las empresas de la industria juguetera, puesto que disponen de liquidez suficiente para hacer frente a este tipo de correctivos.

Ante el problema de dichos vacíos o lagunas legales, un amplio número de autores y autoras proponen la creación de lo que denominan “Consejo Nacional”, esto es, un organismo que aunara criterios y fuese más efectivo en cuanto a la delimitación de conductas sancionables.

Finalmente, en lo que concierne a las recomendaciones para la elaboración de futuros catálogos de juguetes no discriminatorios ni sexistas, resulta indispensable que los y las profesionales encargados de la creación de los mismos reciban una formación específica en perspectiva de género. Tal es el caso de la empresa “Toy Planet”, aplaudida por una gran parte del colectivo de padres consumidores, así como por diferentes medios de comunicación. Gracias a ello, se logrará avanzar hacia la Igualdad y la no discriminación.

### **Referencias Bibliográficas**

Carretero García, Ana. “Publicidad sexista y medios de comunicación”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, 10, pp. 30-142.

Catálogo de juguetes Carrefour [en línea]. <http://catalogocarrefouronline.com/juguetes-carrefour-i-catalogo-juguetes-navidad-2014/> [29 agosto 2016].

Catálogo de juguetes Diversity, navidades 2014-2015.

- Catálogo de juguetes Toys R Us [en línea]. <[http://content.zone-secure.net/toysrus\\_2014/toys R US es/?ab=cat NAVIDAD](http://content.zone-secure.net/toysrus_2014/toys_R_US_es/?ab=cat_NAVIDAD)> [29 agosto 2016].
- Cuesta Bustillo, Josefina (dir.). *Historia de las Mujeres en España en el siglo XX*. Madrid: Instituto de la Mujer, 2003.
- Del Moral Pérez, María Esther. “La publicidad indirecta en los dibujos animados y el consumo infantil de juguetes”. *Comunicar*, 1999, 13, vol.7, pp. 220-224.
- Ferrer López, Marina. “Los anuncios de juguetes en la campaña de Navidad”. *Comunicar*, 2007, 29, vol. XV, pp. 135-142.
- FETE-UGT. *Jugar creando Igualdad! Jugar para la paz y el consumo responsable* [en línea]. Fuenlabrada: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2013. <<http://www.feteugt.es/Data/UPLOAD/POL-juguete-no-sexista.pdf>> [23 febrero 2015]
- Figueruelo Burrieza, Ángela et al. (eds.). *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*. Granada: Editorial Comares, 2007.
- González Gómez, María Patricia y Cabrera Gómez, Claudia Carolina. “Actitudes hacia los roles sexuales y de género en niños, niñas y adolescentes (NNA). *Plumilla educativa*, 2013, s. n., vol. 12, pp. 339-360.
- Informe 33. Sexismo en la campaña de publicidad de juegos y juguetes 2013. Herramienta para su detección [en línea]. Vitoria Gasteiz: Instituto Vasco de la Mujer, 2014. <[http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones\\_informes/es\\_emakunde/adjuntos/informe.33.publicidad.cas.pdf](http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_informes/es_emakunde/adjuntos/informe.33.publicidad.cas.pdf)> [29 agosto 2016].
- Instituto Andaluz de la Mujer. *La publicidad también juega. Campaña del juego y el juguete no sexista, no violento* [en línea]. Sevilla: Junta de Andalucía, Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, 2008. <[http://www.juntadeandalucia.es/iam/catalogo/doc/iam/2008/26771\\_01.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/iam/catalogo/doc/iam/2008/26771_01.pdf)> [3 febrero 2015].
- Instituto de la Mujer. *Guía de intervención ante la publicidad sexista* [en línea]. Madrid: Ministerio de Igualdad, 2008. <<http://www.inmujer.gob.es/observatorios/observIgualdad/estudiosInformes/docs/012-guia.pdf>> [17 enero 2015].
- Jiménez, Encarnación. “La mujer en el franquismo. Doctrina y acción de la Sección Femenina”. *Tiempo de Historia*, 1981, 83, vol. VII, pp. 4-15.

- Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional. *BOE*, 312, de 30 de diciembre de 2005.
- Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. *BOE*, 79, de 1 de abril de 2010.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *BOE*, 71, de 23 de marzo de 2007.
- Mancomunidad de Servicios Sociales Municipales THAM. *Guía de juguetes no sexistas* [en línea]. Madrid: FSE de la Comunidad de Madrid, 2012. <[http://www.mancomunidad-tham.es/fileadmin/PDF/Mujer/Guia\\_de\\_juguetes\\_no\\_sexistas.pdf](http://www.mancomunidad-tham.es/fileadmin/PDF/Mujer/Guia_de_juguetes_no_sexistas.pdf)> [15 febrero 2015].
- Morales Marente, Elena María. *El poder de las relaciones de género*. Sevilla: Centro de Estudios Andaluces, 2007.
- Página web de AUTOCONTROL (Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial) [en línea]. <<http://www.autocontrol.es/>> [29 agosto 2016].
- Página web de FACUA-Consumidores en acción [en línea]. <<http://www.facua.org/>> [29 agosto 2016].
- Página web de la UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) [en línea]. <<https://en.unesco.org/>> [29 agosto 2016].
- Página web del Consejo Audiovisual de Andalucía [en línea]. <<http://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/>> [29 agosto 2016].
- Página web del Consejo Audiovisual de Cataluña [en línea] <<https://www.cac.cat/>> [29 agosto 2016].
- Página web del Observatorio de la Imagen de las Mujeres [en línea]. <<http://www.inmujer.gob.es/observatorios/observImg/home.htm>> [29 agosto 2016].
- Portal de promoción de la igualdad de mujeres y hombres [en línea]. <<http://conigualdad.org/>> [29 agosto 2016].
- Scott, Joan Wallach: “La mujer trabajadora en el siglo XIX”. En Duby, Georges y Perrot, Michelle (dirs.). *Historia de las mujeres en Occidente*. Madrid: Taurus, 1993, vol. IV, pp. 405-436.

**REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA DE LA LITERATURA INFANTIL Y JUVENIL  
SOBRE IGUALDAD Y COEDUCACIÓN: EDITORIALES Y COLECCIONES.  
FONDOS EN LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**

**LITERATURE REVIEW OF CHILDREN'S LITERATURE ABOUT EQUALITY  
AND COEDUCATION: BOOKS AND COLLECTIONS. COLLECTIONS AT  
THE UNIVERSITY OF SALAMANCA**

M<sup>a</sup> Concepción Palomo Ramos  
*Servicio de Bibliotecas (Universidad de Salamanca)*

**Resumen:** El presente documento ofrece una revisión bibliográfica de la literatura infantil y juvenil, promotora de la coeducación y el derecho a la igualdad de oportunidades, haciendo referencia a los fondos disponibles en la Universidad de Salamanca.

**Palabras clave:** Literatura infantil y juvenil, Género, Universidad de Salamanca.

**Abstract:** This document provides a literature review of children's literature, promoter of co-education and the right to equal opportunities, referring to the collections available at the University of Salamanca.

**Keywords:** Children's literature, Gender, University of Salamanca.

### **1. Literatura Infantil y Juvenil: evolución histórica, valores y función social**

La literatura específicamente creada y destinada al lector infantil y juvenil, como género independiente, tiene sus orígenes a mediados del siglo XVIII, vinculado al desarrollo del concepto moderno de infancia, aunque no será hasta el siglo XX, principalmente tras la Segunda Guerra Mundial, cuando experimente un importante auge y desarrollo, adquiriendo plena autonomía como producto literario propio. Desde el momento de su génesis, el libro infantil se halla ligado a fines didácticos y moralizantes, convirtiéndose en fiel reflejo del contexto social y de la ideología y valores predominantes en cada momento histórico. En este sentido, el cuento se configura como un excelente instrumento de socialización cultural y transmisor de roles, que tradicionalmente ha plasmado y perpetuado modelos estereotipados de conducta de mujeres y hombres. A partir de los años setenta del pasado siglo, y fruto de los cambios sociales y los logros experimentados por las mujeres durante las últimas décadas, surge un interés por el análisis de los roles y la representación femenina en la literatura infantil. Entre ellos, podemos citar el trabajo realizado por Teresa Colomer<sup>1</sup>, que hace una revisión de 150

---

<sup>1</sup> Colomer, Teresa. "A favor de las niñas: el sexismo en la literatura infantil". *CLIJ: cuadernos de literatura infantil y juvenil*, 1994, 57, pp. 7-24.

títulos publicados en España a partir de los años setenta, poniendo de manifiesto los avances obtenidos, pero también las carencias y limitaciones existentes en materia de igualdad. Otra de las pioneras en investigación sobre literatura infantil desde una perspectiva de género es la escritora e historiadora del arte, Adela Turín, creadora de la conocida colección *Dalla parte delle bambine* que entre 1975 y 1980 publicó una veintena de títulos ilustrados por Nella Bosnia. Traducidos a diferentes idiomas, pronto se convirtieron en referente de la literatura promotora de la igualdad y la coeducación, siendo editados en España por Esther Tusquets en la editorial Lumen dentro de la colección denominada "A favor de las niñas". Recientemente, la editorial Kalandraka ha recuperado varios de esos títulos, entre los que se encuentran *Arturo y Clementina*, *Rosa Caramelo*, *La historia de los bonobos con gafas* y *Una feliz catástrofe*, historias que aunque fueron escritas hace más de tres décadas, conservan su vigencia y siguen siendo muy utilizadas para trabajar los temas de igualdad y coeducación en el ámbito educativo.

En la actualidad, existe una mayor conciencia social sobre todo lo relativo a temas de igualdad, y aunque aún queda un largo camino por recorrer, en los últimos años se ha producido un incremento de la producción editorial comprometida, promotora de valores no discriminatorios, de modo que cada vez es más frecuente encontrar en los catálogos de las editoriales diferentes títulos y colecciones alternativas que abordan temas de igualdad y coeducación.

## **2. Literatura Infantil y Juvenil sobre género y mujeres en el Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad de Salamanca**

El Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad de Salamanca, es un centro propio de carácter interdisciplinar e interdepartamental dedicado a la investigación y docencia especializada en temas de género, creado en el año 2002 por un grupo de profesoras de diversas áreas de conocimiento interesadas en estas temáticas. La profesora M.<sup>a</sup> Esther Martínez Quinteiro, Titular de Historia Contemporánea de la Universidad de Salamanca, fue la directora del CEMUSA desde el año 2006, hasta el mes de julio de 2014 en que agotó su segundo y último mandato. Bajo su gestión, en el mes de febrero de 2014, se inició la constitución de un fondo de literatura infantil y juvenil sobre género, igualdad y coeducación, cuya selección fue llevada a cabo por la autora de este documento. En la actualidad, dicho fondo se

encuentra integrado por algo más de un centenar de títulos disponibles para su consulta en la Biblioteca Santa María de los Ángeles, sede vigente de la Biblioteca del Centro.

### **3. Literatura infantil sobre igualdad y coeducación: metodología y clasificación de la selección bibliográfica**

A continuación se presenta una selección de títulos de literatura infantil y juvenil que abordan temas de igualdad de género, coeducación e historia de las mujeres. La metodología empleada para su localización y selección se ha basado en la consulta de diferentes catálogos editoriales, blogs, revistas y webs especializadas en literatura infantil y juvenil y la presentación de las referencias bibliográficas responde a una clasificación temática dividida en cuatro grandes bloques: Biografías de mujeres; Coeducación y ruptura de estereotipos; Familias y diversidad familiar; y por último, Violencia de género, violencia sexual. Cada título se acompaña de la edad para la que se recomienda y en su caso, la disponibilidad en la biblioteca del CEMUSA.

#### **3. 1. Biografías de mujeres**

Como medio para visibilizar las aportaciones femeninas a la historia y dar a conocer a algunas de las más destacadas pintoras, científicas o escritoras, son muchas las editoriales que cuentan con obras de carácter biográfico destinadas a un público infantil, como Anaya, Lóguez o Laberinto. Entre las más recientes, que han apostado por la creación de colecciones específicas de carácter biográfico, podemos mencionar *Violeta infantil. Biografías* de Hotel Papel, la Colección *Pequeña & Grande* de Alba editorial o *Sabelotod@s*, de la Editorial El Rompecabezas, esta última no exclusivamente sobre mujeres, pero con algunos títulos dedicados a biografías femeninas.

##### **3.1.1. Referencias bibliográficas**

Albero, Ana; Sánchez Vegara, M<sup>a</sup> Isabel. *Pequeña y grande Coco Chanel*. Barcelona: Alba editorial, 2014. Edad: 5-7 años.

Alonso de Agustín, Patricia; Santolaya, Antonia. *Isadora Duncan: la bailarina del mar*. Madrid: Hotel Papel, 2010. Edad: 7-9 años.

Alonso de Agustín, Patricia; Santomé, Juan Manuel. *Maruja Mallo: Caracola con alas*. Madrid: Hotel Papel, 2014. Edad: 7-9 años.

Antolín, Luisa; Santolaya, Antonia. *María Zambrano: la música de la luz*. Madrid: Hotel Papel, 2009. Edad: 7-9 años.

Antolín, Luisa; Santolaya, Antonia. *Virginia Woolf: la escritora de lo invisible*. Madrid: Hotel Papel, 2008. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Antolín, Luisa; Santomé, Juan Manuel. *Carmen Martín Gaité: a la aventura subida en una pluma*. Madrid: Hotel Papel, 2009. Edad: 7-9 años.

Antolín, Luisa; Santomé, Juan Manuel. *Gloria Fuertes: Gloria la poeta*. Madrid: Hotel Papel, 2007. Edad: 7-9 años.

Baranda, María; Pacheco, Gabriel. *Frida Kahlo: Una historia posible*. Madrid: Anaya, 2012. Edad: A partir de 13 años.

Capriolo, Paola. *Indira Ghandi*. Madrid: Laberinto, 2011. Edad: 13-14 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Capriolo, Paola. *María Callas*. Madrid: Laberinto, 2009. Edad: 12-13 años.

Catel y Bocquet. *Olympe de Gouges*. Madrid: Ediciones Sins Entido, 2012. Edad: A partir de 15 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Cercenà, Vanna. *Frida Kahlo*. Madrid: Laberinto, 2007. Edad: 12-13 años.

Cordón Hornillos, Sara. *Cleopatra, la divina*. Madrid: El Rompecabezas, 2007. Edad: 10-12 años.

Cordón Hornillos, Sara. *Teresa de Jesús, volando descalza*. Madrid: El Rompecabezas, 2009. Edad: 10-12 años.

Cunillera i Mateos, María Lluïsa. *Dhuoda*. Madrid: Sabina, 2011. Edad: 12-13 años.

Edelsztein, Valeria. *Científicas: cocinan, limpian y ganan el Premio Nobel (y nadie se enteró)*. Madrid: Siglo XXI Editores, 2012. Edad: 10-12 años.

Fortún, Gloria. *Charlotte Brontë*. Madrid: Sabina, 2011. Edad: 12-13 años.

Ganges, Montse; Pla, Inma. *Una rosa negra. Rosa Parks*. Barcelona: Combel, 2008. Edad: 4-6 años.

García Oliva, Vicente. *Relato de las aventuras de Inés Saldaña y de cómo ayudó a Colón a descubrir América*. Madrid: Pearson Educación, 2006. Edad: A partir de 13 años.

Gazièr, Michèle; Ciccolini, Bernard. *Virginia Woolf*. Madrid: Impedimenta, 2012. Edad: A partir de 15 años.

Gil Casanova, Sara. *Las astrónomas, chicas estrella*. Madrid: El Rompecabezas, 2012. Edad: 10-12 años.

Gómez Yebra, Antonio A.; Gómez Madrid, Esther. *Gloria Fuertes, poeta para todos*. Madrid: Anaya, 2013. Edad: 7-9 años.

Gómez Yebra, Antonio A.; Gómez Madrid, Esther. *Mi primer libro sobre Gloria Fuertes*. Madrid: Anaya, 2013. Edad: 4-6 años.

Gottschalk, Maren. *Reinas. Cinco soberanas y sus biografías*. Madrid: Fondo de cultura económica, 2010. Edad: A partir de 15 años.

Guibert, Françoise de; Novi, Nathalie. *La Callas, una invitación a la ópera*. Madrid: Kókinos, 2009. Edad: 10-12 años.

Hernando Polo, Cristina. *Isabel la Católica*. Madrid: El Rompecabezas, 2012. Edad: 10-12 años.

Hernando Polo, Cristina. *Juana de Arco, la doncella*. Madrid: El Rompecabezas, 2012. Edad: 10-12 años.

Jacobson, Sid; Colón, Ernie. *Ana Frank: la biografía gráfica*. Barcelona: Norma, 2011. Edad: A partir de 15 años.

López Narváez, Concha. *Mi amiga Santa Teresa de Jesús*. Madrid: Bruño, 2015. Edad: 4-6 años.

Maclear, Kyo; Arsenault, Isabelle. *Virginia Wolf*. Madrid: Jaguar, 2013. Edad: 4-6 años.

Mariadriamantes; Sánchez Vegara, M<sup>a</sup> Isabel. *Pequeña y grande Amelia Earhart*. Barcelona: Alba editorial, 2016. Edad: 5-7 años.

Martinengo, Marirí. *Clara de Anduza*. Madrid: Sabina, 2010. Edad: 12-13 años.

Munsó, Elisa; Sánchez Vegara, M<sup>a</sup> Isabel. *Pequeña y grande Agatha Christie*. Barcelona: Alba editorial, 2016. Edad: 5-7 años.

Muraro, Luisa; Miranda Morales, Susana. *Hipatia de Alejandría*. Madrid: Sabina, 2004. Edad: 12-13 años.

Navarro Durán, Rosa; Vila Delclòs, Jordi. *La vida y obra de Teresa de Jesús*. Barcelona: Edebé, 2013. Edad: 7-9 años.

Nepote, Mónica; Cicero, Julián. *Remedios Varo: Pintar es jugar con secretos*. Madrid: SM, 2005. Edad: 7-9 años.

Novelli, Luca. *Marie Curie y el misterio de los átomos*. Madrid: Editex, 2012. Edad: 10-12 años.

Ottaviani, Jim; Wicks, Maris. *Primates: la intrépida ciencia de Jane Goodall, Dian Fossey y Biruté Galdikas*. Barcelona: Norma, 2015. Edad: A partir de 12 años.

- Poole, Josephine; Barrett, Ángela. *Ana Frank*. Barcelona: Beascoa, 2005. Edad: 10-12 años.
- Rivera de la Cruz, Marta. *Ellas hicieron historia: mujeres admirables*. Madrid: Anaya, 2011. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Rivera de la Cruz, Marta. *Mi primer libro sobre ellas*. Madrid: Anaya, 2011. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Rivera Garretas, María Milagros; Vázquez, Isa (il.). *Teresa de Jesús*. Madrid: Sabina, 2015. Edad: 10-12 años.
- Rodríguez Serrano, Esteban. *Curie, la atómica*. Madrid: El Rompecabezas, 2010. Edad: 10-12 años.
- Ruiz Pérez, M<sup>a</sup> Carmen. *Jane Goodall, la amiga de los chimpancés*. Madrid: El Rompecabezas, 2009. Edad: 10-12 años.
- Ruiz Pérez, M<sup>a</sup> Carmen. *Mary Anning y los monstruos del Jurásico*. Madrid: El Rompecabezas, 2009. Edad: 10-12 años.
- Salesas Pla, Florenci. *Hipatia, la maestra*. Madrid: El Rompecabezas, 2011. Edad: 10-12 años.
- Sierra i Fabra, Jordi; Monreal, Violeta. *16 mujeres muy, muy importantes*. Madrid: Bruño, 2013. Edad: 7-9 años.
- Veloy, Mariano; Amo, Óscar del. *Mi primer Santa Teresa*. Barcelona: Lunwerg, 2014. Edad: 7-9 años.
- Villardell Balasch, Víctor. *Clara Campoamor, la sufragista*. Madrid: El Rompecabezas, 2007. Edad: 10-12 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Winter, Jeanette. *Malala - Iqbal*. Barcelona: Juventud, 2014. Edad: 7-9 años.
- Winter, Jonah; Juan, Ana. *Frida*. Barcelona: Alfaguara, 2003. Edad: 7-9 años.
- Wisker, Gina. *Sylvia Plath*. Salamanca, Lóguez, 2002. Edad: A partir de 15 años.
- Wisker, Gina. *Virginia Woolf: guía para jóvenes*. Salamanca, Lóguez, 2004. Edad: A partir de 15 años.
- Yolen, Jane; Joy Pratt, Christine. *Reinas de los mares. Las mujeres piratas alrededor del mundo*. Barcelona: Oniro, 2009. Edad: 10-12 años.

### 3. 2. Coeducación y ruptura de estereotipos

A través de los cuentos las niñas y niños van asimilando valores, creencias y símbolos, configurando así una determinada concepción del mundo, que

tradicionalmente se ha caracterizado por transmitir roles sociales marcados por la desigualdad. No obstante, paulatinamente van apareciendo de títulos que rompen con los estereotipos de la literatura infantil clásica, presentando personajes femeninos fuertes, valientes e independientes, frente al rol tradicional de sumisión y pasividad atribuido a las mujeres. En la actualidad, son muchas las editoriales que presentan obras en esta línea, como la colección *Érase dos veces* del estudio Cuatrotuercas, que presenta los cuentos tradicionales libres de sexismo, desigualdad y violencia y que cuenta en estos momentos con nueve títulos diferentes.

### 3.2.1. Referencias bibliográficas

Alcántara, Ricardo; Gusti. *¿Quién ayuda en casa?*. Zaragoza: Edelvives, 2012. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Almena, Fernando; Ane Müller, Ulrique. *El beso de la princesa*. Barcelona: Bambú, 2013. Edad: 4-6 años.

Álvarez García, Luz; Arbat Serarols, Carles. *Pero, ¿qué es lo que quieren las mujeres?*. León: Everest, 2007. Edad: 7-9 años.

Apellániz, Arancha; Piérola, Mabel. *La princesa valiente*. Barcelona: Bellaterra, 2009. Edad: 4-6 años.

Auer, Martin. *Lisa Muchaprisa*. Madrid: SM, 2003. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Backes, Michel; Brun-Cosme, Nadine. *¡Hoy lo hace papá!*. Barcelona: Corimbo, 2004, Edad: 4-6 años.

Berrocal Pérez, Beatriz; Montero Galán, Daniel. *La princesa que quería escribir*. León: Amigos de papel, 2013. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Bichonnier, Henriette. *El monstruo peludo*. León: Everest, 2012. Edad: 7-9 años.

Blake, Quentin. *Doña Eremita, reina de la carretera*. Barcelona: Ekaré, 2013. Edad: 4-6 años.

Boie, Kirsten. *Todo cambió con Jakob*. Barcelona: Alfaguara, 2000. Edad: 10-12 años.

Brenman, Ilan; Zilberman, Ionit. *Las princesas también se tiran pedos*. Barcelona: Algar, 2011. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Browne, Anthony. *El libro de los cerdos*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1991. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Burgess, Melvin. *Billy Elliot*. Madrid: SM, 2006. Edad: A partir de 13 años.

- Calí, Davide; Cantonne, Anna Laura. *El increíble viaje de la abuela*. Madrid: Jaguar, 2011. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Canetti, Yanitzia; Herrero Rived, Teresa. *Ceniciento*. León: Everest, 2009. Edad: 4-6 años.
- Cano, Carles; Ginesta, Montse. *La gallina que pudo ser princesa*. Madrid: Anaya, 2002. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Carle, Eric. *Don Caballito de mar*. Madrid: Kókinos, 2012. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Cole, Babette. *¡Hurra por Ethelyn!*. Barcelona: Destino, 1991. Edad: 4-6 años.
- Cole, Babette. *La princesa listilla*. Barcelona: Destino, 1998. Edad: 4-6 años.
- Cole, Babette. *El príncipe ceniciento*. Barcelona: Destino, 1998. Edad: 4-6 años.
- Cole, Babette. *Tarzana*. Barcelona: Destino, 1998. Edad: 4-6 años.
- Costa, Nicoletta. *La princesa bromista*. Barcelona: Alfaguara, 2007. Edad: 7-9 años.
- Crowther, Kitty. *Poka y Mina. El fútbol*. Madrid: Los cuatro azules, 2013. Edad: 4-6 años.
- Darabuc; Alonso, Fátima. *¿Tres han de ser?*. Pontevedra: OQO Editora, 2011. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Díaz Reguera, Raquel. *¿Hay algo más aburrido que ser una princesa rosa?*. Barcelona: Thule, 2010. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Erlbruch, Wolf. *La señora Maier y el mirlo*. Barcelona: Libros del Zorro Rojo, 2012. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Falconer, Ian. *Olivia y las princesas*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2012. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Finr, Ane. *Billy y el vestido rosa*. Barcelona: Alfaguara, 2006. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Finn Garner, James. *Cuentos infantiles políticamente correctos*. Barcelona: Circe, 1995. Edad: 10-12 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Finn Garner, James. *Más cuentos infantiles políticamente correctos*. Barcelona: Circe, 1996. Edad: 10-12 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Fuertes, Gloria. *Las tres reinas magas: Melchora, Gaspara y Baltasara*. Madrid: Editorial Escuela Española, 1979. Edad: 8-10 años.
- Funke, Cornelia. *Igraín la valiente*. Barcelona: Destino, 2003. Edad: 10-12 años. Disponible USAL/CEMUSA.

- Funke, Cornelia. *El misterioso caballero sin nombre*. Barcelona: Ediciones B, 2008. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Funke, Cornelia; Meyer, Kerstin. *La princesa Isabella*. Barcelona: Ediciones B, 2010. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Gallego GARCÍA, Laura. *Las chicas somos guerreras*. Barcelona: Destino, 2009. Edad: 10-12 años.
- Garrido, Raquel; Velázquez, Carlos. *Una princesa en motocicleta*. Zaragoza: Apila Ediciones, 2008. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Gaudes, Belén; Macías, Pablo; Marcos, Nacho de. *Érase dos veces La Bella Durmiente*. Madrid: Cuatro Tuercas, 2015. Edad: 4-6 años.
- Gaudes, Belén; Macías, Pablo; Marcos, Nacho de. *Érase dos veces La Bella y la Bestia*. Madrid: Cuatro Tuercas, 2015. Edad: 4-6 años.
- Gaudes, Belén; Macías, Pablo; Marcos, Nacho de. *Érase dos veces Blancanieves*. Madrid: Cuatro Tuercas, 2013. Edad: 4-6 años.
- Gaudes, Belén; Macías, Pablo; Marcos, Nacho de. *Érase dos veces Caperucita Roja*. Madrid: Cuatro Tuercas, 2013. Edad: 4-6 años.
- Gaudes, Belén; Macías, Pablo; Marcos, Nacho de. *Érase dos veces Cenicienta*. Madrid: Cuatro Tuercas, 2013. Edad: 4-6 años.
- Gaudes, Belén; Macías, Pablo; Marcos, Nacho de. *Érase dos veces Hansel y Gretel*. Madrid: Cuatro Tuercas, 2015. Edad: 4-6 años.
- Gaudes, Belén; Macías, Pablo; Marcos, Nacho de. *Érase dos veces Pinocho*. Madrid: Cuatro Tuercas, 2015. Edad: 4-6 años.
- Gaudes, Belén; Macías, Pablo; Marcos, Nacho de. *Érase dos veces La Sirenita*. Madrid: Cuatro Tuercas, 2015. Edad: 4-6 años.
- Gaudes, Belén; Macías, Pablo; Marcos, Nacho de. *Érase dos veces Los Tres cerditos*. Madrid: Cuatro Tuercas, 2015. Edad: 4-6 años.
- Geeslin, Campbell; Juan, Ana. *Elenita*. Madrid: Kókinos, 2006. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Gil, Carmen; Montero Galán, Daniel. *¡Qué fastidio ser princesa!*. Madrid: Cuento de luz, 2012. Edad: 4-6 años.
- Gil Martínez, Carmen; López Pastor, Jesús. *El hado Waldo*. Barcelona: Algar, 2010. Edad: 10-12 años.

- Giménez Barbany, Teresa. *Los príncipes azules destiñen*. Barcelona: Beascoa, 2008. Edad: 4-6 años.
- Gómez Cerdá, Alfredo; Peris Lozano, Carmen. *El Ave del Amanecer*. Barcelona: Edebé, 2013. Edad: 7-9 años.
- Guerrero Sánchez, Andrés. *Mi abuela fue pirata*. Madrid: Oxford University Press, 2010. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Guillaume, Marie-Ange; Roca, François. *Susana*. Barcelona: Juventud, 2005. Edad: 7-9 años.
- Hendry, Frances. *Cadenas*. Madrid: SM, 2001. Edad: A partir de 15 años.
- Hense, Nathalie; Green, Ilya. *Harta del rosa*. Madrid: SM, 2010. Edad: 7-9 años.
- Heuck, Sigrid. *La canción de Amina*. Madrid: SM, 2000. Edad: A partir de 13 años.
- Ihimaera, Witi. *La leyenda de las ballenas*. Barcelona: Juventud, 2004. Edad: A partir de 13 años.
- Irani, Neil; Yun, Park. *La niña y el monstruo*. Barcelona: Juventud, 2012. Edad: 4-6 años.
- Janosh. *Papá León y sus felices hijos*. Madrid: Kókinos, 2013. Edad: 4-6 años.
- Jungman, Ann; Olivares, Javier. *La cenicienta rebelde*. Madrid: SM, 1993. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Kelly, Jacqueline. *El curioso mundo de Calpurnia Tate*. Barcelona: Roca Editorial, 2015. Edad: A partir de 13 años.
- Kelly, Jacqueline. *La evolución de Calpurnia Tate*. Barcelona: Roca Editorial, 2010. Edad: A partir de 13 años.
- Kemp, Anna; Ogilvie, Sara. *La princesa rebelde*. Barcelona: Blume, 2013. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Lalana, Fernando. *Un príncipe algo raro*. Madrid: Bruño, 2013. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Lansky, Bruce; Delicado, Federico. *Chicas al rescate*. Madrid: Anaya, 2001. Edad: 10-12 años.
- Latorre, Olga. *Nuane*. Barcelona: Edebé, 2012. Edad: A partir de 15 años.
- Le Huche, Magali. *Héctor, el hombre extraordinariamente fuerte*. Madrid: Adriana Hidalgo Editora, 2009. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Le Huche, Magali. *Las sirenas de Belpescão*. Barcelona: Flamboyant, 2010. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Lenain, Thierry; Durand, Delphine. *¿De dónde sale esta niña?*. Zaragoza: Edelvives, 2010. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Lenain, Thierry; Durand, Delphine. *Luna y el vestido de Max*. Zaragoza: Edelvives, 2010. Edad: 7-9 años.

Leray, Marjolaine. *Una caperucita roja*. Barcelona: Océano, 2009. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Levine, Gail Carson. *Dos princesas sin miedo*. Barcelona: Ediciones B, 2004. Edad: 10-12 años.

Lienas, Gemma. *La mitad de Juan (El hada menta)*. Barcelona: La Galera, 2008. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Lindgren, Astrid. *Pippi Calzaslargas: todas las historias*. Barcelona: Blackie Books, 2013. Edad: 10-12 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Lobato, Arcadio; Romero Yebra, Ana María. *La princesa aburrida*. Madrid: SM, 2003. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.

López Narváez, Concha. *Memorias de una gallina*. Madrid: Anaya, 2013. Edad: 10-12 años. Disponible USAL/CEMUSA.

López Salamero, Nulila; Cameros Sierra, Myriam. *La Cenicienta que no quería comer perdices*. Barcelona: Planeta, 2009. Edad: 7-9 años.

López Soria, Marisa. *La princesa de la nube*. Madrid: Ediciones del Laberinto, 2013. Edad: 7-9 años.

Macdonald, Marianne. *La reina pirata*. Madrid: SM, 1998. Edad: 4-6 años.

Machado, Ana María; Martínez, Helena. *Señora de los mares*. León: Everest, 2009. Edad: 4-6 años.

Malo Galve, Roberto; Mateos Maroto, F.J.; Pourchet, Marjorie. *La madre del héroe*. Pontevedra: OQO Editora, 2011. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Malo Galve, Roberto; Mateos Maroto, F.J.; Laguens, David. *Tanga y el gran leopardo*. Barcelona: Comanegra, 2009. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Masanek, Joachim. *Vanesa, la intrépida*. Barcelona: Destino, 2004. Edad: 10-12 años.

Masini, Beatrice; Guicciardini, Desideria. *Guapas, listas y valientes. La niña de los pies grandes*. Madrid: Anaya, 2011. Edad: 7-9 años.

Mesa, Cristina. *La princesita bombera*. Madrid: Bruño, 2007. Edad: 4-6 años.

Minne, Brigitte; Cneut, Carll. *Hadabruja*. Granada: Barbara Fiore, 2013. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.

- Monco, Beatriz; Pierola, Mabel. *Mercedes quiere ser bombera*. Barcelona: Bellaterra, 2004. Edad: 7-9 años.
- Mueller, Dagmar; Wenniges, Oliver. *Las dragonas no muerden*. Zaragoza: Edelvives, 2005. Edad: 7-9 años.
- Munari, Bruno; Agostinelli, Enrica. *Caperucita Roja, Verde, Amarilla, Azul y Blanca*. Madrid: Anaya, 2001. Edad: 7-9 años.
- Noguera, Cesc; Gesalí, Raúl. *La señora María*. Barcelona: Takatuka, 2013. Edad: 5-6 años.
- Nöstlinger, Christine. *Rosalinde tiene ideas en la cabeza*. Barcelona: Alfaguara, 2005. Edad: 10-12 años.
- Oli; Thomassen, Helle. *Once damas atrevidas*. Pontevedra: Kalandraka, 2002. Edad: 4-6 años.
- Olten, Manuela. *Niños valientes*. Barcelona: Serres, 2006. Edad: 4-6 años.
- Ordóñez Cuadrado, Rafael; Monreal, Violeta. *El tesoro del dragón*. Madrid: Alfaguara, 2007. Edad: 7-9 años.
- Otero Gutiérrez, Gema. *Superlola: cuento y guía didáctica*. Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer, 2014. Edad: 4-9 años.
- Paola, Tomie de. *Oliver Button es una nena*. León: Everest, 2002. Edad: 4-6 años.
- Pavón, Mar; Rémiat, Chloé. *Ranilda*. Pontevedra: OQO editora, 2010. Edad: 4-6 años.
- Pavón, Mar; Uyá, Nívola. *Un tractor muy, muy ruidoso*. Madrid: Cuento de Luz, 2013. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Pearson, Luke. *Hilda y el trol*. Granada: Barbara Fiore, 2013. Edad: 7-9 años.
- Pita, Charo; Afonso, Fátima. *Viejecitas*. Pontevedra: OQO editora, 2009. Edad: 4-6 años.
- Rodríguez, Béatrice. *Un día de pesca*. Barcelona: Libros del Zorro Rojo, 2012. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Schimmel, Lawrence. *La aventura de Cecilia y el dragón*. Madrid: Bibliópolis, 2005. Edad: 4-6 años.
- Servant, Stéphane; Le Saux, Laetitia. *Ricitos de oso*. Madrid: Juventud, 2014. Edad: 4-6 años.
- Shua, Ana María. *El árbol de la mujer dragón y otros cuentos*. Madrid: Anaya, 2013. Edad: A partir de 13 años. Disponible USAL/CEMUSA.

- Stehr, Frederic. *Las tres cerditas*. Barcelona: Corimbo, 2001. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Stohner, Anu; Wilson, Henrike. *La oveja Carlota*. Salamanca: Lóguez, 2009. Edad: 4-6 años.
- Surget, Alain. *Mary Tempestad*. Madrid: Mare Nostrum Comunicación, 2008. Edad: A partir de 15 años.
- Turín, Adela. *Cañones y manzanas*. Barcelona: Lumen, 2008. Edad: 4-6 años.
- Turín, Adela. *Los gigantes orejudos*. Barcelona: Lumen, 1988. Edad: 4-6 años.
- Turín, Adela; Nosnia, Nella. *La historia de los bonobos con gafas*. Pontevedra: Kalandraka, 2013. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Turín, Adela. *Historia de unos bocadillos*. Barcelona: Lumen, 1988. Edad: 4-6 años.
- Turín, Adela. *Nunca jamás*. Barcelona: Lumen, 1990. Edad: 4-6 años.
- Turín, Adela; Nosnia, Nella. *Arturo y Clementina*. Pontevedra: Kalandraka, 2012. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Turín, Adela; Nosnia, Nella. *Rosa Caramelo*. Pontevedra: Kalandraka, 2012. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Turín, Adela; Nosnia, Nella. *Una feliz catástrofe*. Barcelona: Lumen, 2001. Edad: 4-6 años.
- Twain, Mark; Ginesta, Montse. *Consejos para las niñas buenas*. Barcelona: Libros del Zorro Rojo, 2006. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Valverde, Mikel; Ugidos Ruiz, Silvia. *Mi padre es ama de casa ¿y qué?*. Barcelona: La Galera, 2009. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Van Haeringen, Annemarie. *La princesa de largos cabellos*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2007. Edad: 7-9 años.
- Varela, Nuria. *Martín y la pirata Candela*. Madrid: Hotel Papel, 2008. Edad: 4-6 años.
- Vaudescal, Marie. *Princesas, dragones y otras ensaladas*. Madrid: Adriana Hidalgo, 2010. Edad: 7-9 años.
- Waddell, Martin. *La princesa peleona*. Madrid: Pearson Educación, 2003. Edad: 7-9 años.
- Yeoman, John; Blake, Quentin. *Las lavanderas locas*. Océano, 2010. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.

### 3.3. Familias y diversidad familiar

Con el objetivo de visibilizar y normalizar la diversidad de modelos familiares que conviven en nuestra sociedad, están surgiendo cada vez más títulos que ponen de manifiesto la existencia de diversos paradigmas familiares y fomentan la tolerancia y el respeto a la diferencia. En este sentido, destacan editoriales como Bellaterra, Comanegra u Hotel Papel.

#### 3.3.1. Referencias bibliográficas

Boutignon, Béatrice. *Cada familia, a su aire*. Madrid: Hotel Papel, 2015. Edad: 4-6 años.

Cali, Davide; Cantone, Ana Laura. *Un papá a la medida*. Zaragoza: Edelvives, 2005. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Cerdá, Mar. *Familiario*. Barcelona: Comanegra, 2014. Edad: 4-6 años.

Dane Bauer, Marion; Buter, John. *Una mamá para Owen*. Barcelona: RBA Libros, 2007. Edad: 4-6 años.

Díaz Reguera, Raquel. *Abuelas de la A a la Z*. Barcelona: Beascoa, 2012. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Duda, Christian; Friese, Julia. *Todos sus patitos*. Salamanca: Lóguez, 2009. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.

*Famílium XXI*. Gerona: D'Aquari Editions, 2012. Edad: 10-12 años.

García Iglesias, Carmen. *Mi mamá es preciosa*. León: Everest, 2002. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Gómez, Marta; Nazareth, Carla. *Un mundo de familias*. Barcelona: Comanegra, 2015. Edad: 4-6 años.

Gómez, Marta; Nazareth, Carla. *Un mundo de mamás*. Barcelona: Comanegra, 2009. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Gómez, Marta; Nazareth, Carla. *Un mundo de mamás fantásticas*. Barcelona: Comanegra, 2013. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Hoffman, Mary; Asquith, Ros. *Bienvenido a la familia*. Barcelona: Juventud, 2014. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Lesléa, Newman; Piérola, Mabel. *Paula tiene dos mamás*. Barcelona, Bellaterra, 2003. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Maestro Maestro, Rosa. *Cloe quiere ser mamá*. Madrid: Chocolate, 2013. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Maestro Maestro, Rosa.; Guillén Feltrer, Bárbara. *Nora y Zoe, dos mamás para un bebé*. Madrid: Rosa Maestro, 2014. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Maxeiner, Alexandra; Kuhl, Anke. *¡En familia!*. Barcelona: Takatuka, 2011. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Mendieta, María José. *Aitor tiene dos mamás*. Barcelona: Bellaterra, 2006. Edad: 4-6 años.

Minhós, Isabel; Carvalho, Bernardo. *Corazón de madre*. Barcelona: Libro del Zorro Rojo, 2010. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Pardi, Francesca. *Tengo una mamá y punto*. Barcelona: Picarona, 2016. Edad: 4-6 años.

Piñán, Berta; Santolaya, Antonia. *Las cosas que le gustan a Fran*. Madrid: Hotel Papel, 2007. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Richardson, Justin; Parnell, Peter. *Tres con tango*. Barcelona: RBA editores, 2006. Edad: 4-6 años.

Zamaro, Denis; Moya Albiol, Luis. *Papá, papi y yo: La historia de una niña nacida por gestación subrogada*. Valencia: Bostezo-A volar, 2016. Edad: 4-6 años.

### **3. 4. Violencia de género / Violencia sexual**

A pesar de hallarnos en pleno siglo XXI, la violencia de género es un grave problema al que nuestra sociedad se tiene que enfrentar cada día. Las/os niñas/os, son con frecuencia, víctimas invisibles que muchas veces no son capaces de comprender la situación por la que están atravesando cuando se hallan dentro de un contexto de violencia de género o violencia sexual. A ellos van dirigidos algunos de estos libros, como *Vivo en una casa malva*, destinado a los menores víctimas de maltrato que han tenido que refugiarse en casas de acogida con sus madres. Pero esta selección no solo va dirigida a estos pequeños, sino también al resto de niñas y niños, con el objetivo de sensibilizar y educar en valores de no violencia, respeto e igualdad.

#### **3.4.1. Referencias bibliográficas**

Adam, Peggy. *Luchadoras*. Sinsentido. Madrid: Sinsentido, 2007. Edad: A partir de 15 años.

Alapont Ramón, Pasqual; Garrido, Vicente. *El infierno de Marta. La máscara del amor*. Barcelona: Algar, 2003. Edad: A partir de 15 años. Disponible USAL/CEMUSA.

Alexandre, Marilar. *La cabeza de Medusa*. Madrid: Anaya, 2009. Edad: A partir de 15 años.

- Carranza, Maite. *Palabras envenenadas*. Barcelona: Edebé, 2011. Edad: A partir de 15 años.
- Carol Oates, Joyce. *Monstruo de ojos verdes*. Madrid: SM, 2005. Edad: A partir de 15 años.
- Casalderrey, Fina; Seoane, Marina. *¡¡¡Gela se ha vuelto vampira!!!*. Madrid: SM, 2008. Edad: 7-9 años.
- Casalderrey, Fina; Seoane, Marina. *¡Hola, estúpido monstruo peludo!*. Madrid: Algar, 2009. Edad: 10-12 años.
- Díaz Trancho, Iris; García Zecchin, Feliciano. *Vivo en una casa malva*. Oviedo: Pintar-Pintar, 2011. Edad: 4-6 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Franz, Cornelia; Scharnberg, Stefanie. *Marta dice ¡no!*. Barcelona: Takatuka, 2009. Edad: 7-9 años.
- Hassenmüller, Heidi. *Buenas noches, muñequita*. Salamanca: Lóguez, 1997. Edad: A partir de 15 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Isern, Susanna; Álvarez, Silvia. *El viaje en globo*. Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer, 2013. Edad: 7-9 años.
- Lienas, Gema. *El diario azul de Carlota*. Barcelona, Planeta, 2013. Edad: A partir de 12 años.
- Mccormick, Patricia. *Vendida*. Madrid: SM, 2007. Edad: A partir de 15 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Monco, Beatriz; Pierola, Mabel. *Los hombres no pegan*. Barcelona: Bellaterra, 2005. Edad: 7-9 años.
- Núñez, Luchy; Alonso, Juan Ramón. *Esa extraña vergüenza*. León: Everest, 2004. Edad: A partir de 15 años.
- Perrault, Charles; Wischniowski, Christoph. *Barba Azul*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2012. Edad: A partir de 13 años. Disponible USAL/CEMUSA.
- Trigo, Ramón; Martín, Daniel. *El monstruo*. Salamanca: Lóguez, 2008. Edad: 7-9 años. Disponible USAL/CEMUSA.

#### 4. Referencias Bibliográficas

- Colomer, Teresa. "A favor de las niñas: el sexismo en la literatura infantil". *CLIJ: cuadernos de literatura infantil y juvenil*, 1994, 57, pp. 7-24.
- Garate, Arantza. "Niños, niñas y libros: las diferencias de género en la LIJ". *CLIJ: cuadernos de literatura infantil y juvenil*, 1997, 95, pp. 7-17.

*VI.2. DERECHOS DE LAS PERSONAS  
CON DISCAPACIDAD*



# LA DEFINICIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA: UNA CUESTIÓN POR RESOLVER\*

## THE DEFINITION OF DISABILITY IN THE EUROPEAN UNION: A MATTER TO BE RESOLVED

Maoly Carrasquero Cepeda  
*Universidad de Valladolid*

**Resumen:** El objetivo fundamental de este artículo es analizar la evolución jurisprudencial que ha tenido el concepto de discapacidad en el ámbito comunitario, haciendo especial énfasis en el hecho de que, aún hoy en día, el enfoque que mantiene el TJUE no es compatible con el tenor o espíritu de la CDPD, de la que la Unión Europea es parte.

**Palabras clave:** discapacidad, CDPD, Unión Europea, discriminación, igualdad.

**Abstract:** The main objective of this article is to analyze the jurisprudence evolution regarding the disability concept in the EU, making a special focus on the fact that, nowadays, the approach maintained by the CJEU is not compatible with the spirit of the CRPD, which the EU is part of.

**Keywords:** disability, CRPD, European Union, discrimination, equality.

### 1. Estado de la cuestión

La consideración desde la perspectiva de la igualdad y la no discriminación de los problemas que afrontan las personas con discapacidad es relativamente reciente. Desde la década de los 80 y sobre todo a partir de la década de los 90, este enfoque comienza a hacerse presente tanto en las normas internacionales y europeas como en las legislaciones internas de los Estados miembros. Los exponentes más claros son, a nivel internacional, la CDPD<sup>1</sup> y, a nivel comunitario, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, las cuales se han convertido en el “buque insignia” en

---

\* Este trabajo se enmarca en el desarrollo de una beca doctoral de Formación de Profesorado Universitario, otorgada por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

<sup>1</sup> La CDPD es una norma de gran importancia puesto que supone un cambio en el paradigma del enfoque de las políticas sobre discapacidad y supera la perspectiva asistencial a favor de una teoría basada en derechos humanos, esto es, las personas con discapacidad son plenamente tratadas como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social. Véase: Fernández Allés, María Teresa y Fernández Allés, José Joaquín. “El derecho europeo de la discapacidad: base jurídica y configuración jurisprudencial (2006-2013)”. *Revista General de Derecho Europeo*, 2014, 32, p. 4.

materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad<sup>2</sup>.

Lamentablemente, ninguno de estos preceptos establece una definición clara y precisa de lo que debe considerarse como discapacidad. La CDPD solo brinda una orientación acerca de los individuos que pueden considerarse como protegidos conforme a ella. Así, afirma que: “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” (artículo 1)<sup>3</sup>.

Por su parte, la Directiva 2000/78/CE no incluye un concepto de discapacidad, ni tampoco remite dicha construcción conceptual a los ordenamientos jurídicos nacionales, por lo que la determinación de la definición y el alcance de la discapacidad en el ámbito comunitario le ha correspondido principalmente al TJUE<sup>4</sup>.

Partiendo de este contexto, el objetivo fundamental de este artículo es analizar la evolución jurisprudencial del concepto, haciendo especial énfasis en el hecho de que, aún hoy en día, el enfoque que mantiene el Tribunal sobre la definición de discapacidad no es compatible con el tenor o espíritu de la CDPD, de la que la Unión Europea es parte.

## 2. Configuración jurisprudencial del concepto de discapacidad por el TJUE

El primer enfoque sobre el concepto de discapacidad que adoptó el TJUE fue en el asunto *Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA*<sup>5</sup>. En este caso se

---

<sup>2</sup> Cordero Gordillo, Vanessa. *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 13.

<sup>3</sup> La cuestión de si se debía o no incluir una definición de la discapacidad en la CDPD fue muy controvertida. La Comisión Europea, en particular, abogaba por seguir el enfoque adoptado en la Directiva 2000/78/CE, y no incluir ningún tipo de definición. En última instancia, se decidió no incluir un concepto, debido a la complejidad de la tarea y el riesgo de que ciertos grupos quedasen excluidos del ámbito personal de aplicación de la Convención. Como solución de compromiso, sin embargo, se incluyó una orientación sobre quien debía ser considerado como una persona con discapacidad. Para una mayor discusión y análisis de los antecedentes de esta decisión, véase: Lawson, Anna. “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?”. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 2007, 34, pp. 593-595; De Búrca, Gráinne. “The European Union in the negotiation of the Disability Convention”. *European Law Review*, 2010, 35, p. 191.

<sup>4</sup> Ruiz Castillo, María del Mar. *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2010, p. 100.

<sup>5</sup> STJUE, de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05. El caso se trata sobre una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, en el procedimiento entre Sonia Chacón Navas y Eurest Colectividades SA. La Sra. Chacón Navas trabajaba en la empresa Eurest, sociedad especializada en el sector de la restauración colectiva. En octubre de 2003 fue declarada en baja laboral por enfermedad y, según los servicios públicos de salud que se ocuparon de su caso, no estaba en condiciones de reanudar su actividad a corto plazo. En mayo de 2004, Eurest notificó a la Sra. Chacón Navas que quedaba despedida,

intenta establecer si la enfermedad puede o no considerarse como un factor de discriminación incluido en la Directiva 2000/78/CE.

Con el fin de responder a tal cuestión, el Tribunal define a la discapacidad como “una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional” (apartado 43). Dicha limitación debe ser de larga duración, siendo este inciso el que precisamente determina la diferencia entre enfermedad y discapacidad.

A juicio del Tribunal, “la importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un largo período” (apartado 45). En efecto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de “discapacidad”, se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración.

Por consiguiente, la enfermedad no puede equipararse de manera pura y simple con la discapacidad y tampoco puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros rasgos en relación con los cuales la Directiva 2000/78/CE prohíbe toda discriminación (apartado 57)<sup>6</sup>.

Este criterio jurisprudencial ha sido duramente criticado por la doctrina, puesto que, por una parte, es un tanto ambiguo con respecto a la situación de las personas con enfermedades crónicas o de larga duración y, por otra, revela una comprensión de la discapacidad alejada de la posterior CDPD<sup>7</sup>.

---

sin especificar motivo alguno, reconociendo al mismo tiempo el carácter improcedente del despido y ofreciéndole una indemnización. La Sra. Chacón Navas presentó una demanda contra Eures, alegando que su despido era nulo debido a la desigualdad de trato y a la discriminación de las que había sido objeto, las cuales resultaban de la situación de baja laboral en la que se encontraba desde hacía ocho meses.

<sup>6</sup> El TJUE indica expresamente que “Es verdad que entre los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario figura el principio general de no discriminación. Por lo tanto, este último principio vincula a los Estados miembros cuando la situación nacional sobre la que versa el litigio principal está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (en este sentido, véanse las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, Rec. p. I-11915, apartados 30 y 32, y de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, Rec. p. I-5659, apartado 75, y jurisprudencia allí citada). Pero de ello no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva” (apartado 56).

<sup>7</sup> Waddington, Lisa y Lawson, Anna. *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field* [en línea]. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, 2009, p. 16. [http://www.equalitylaw.eu/index.php?option=com\\_edocman&task=document.viewdoc&id=1336&Itemid=295](http://www.equalitylaw.eu/index.php?option=com_edocman&task=document.viewdoc&id=1336&Itemid=295) [19 agosto 2016].

En palabras de Waddington “la definición de la discapacidad proporcionada por el TJUE en el contexto de la Directiva parece anticuada y requiere una revisión a la luz de la CDPD”<sup>8</sup>. Así, mientras que el TJUE sitúa la causa de las limitaciones en las dolencias físicas, mentales o psíquicas que el individuo padece, la Convención la ubica en las barreras que éste encuentra en la sociedad y que justamente los Estados parte se comprometen a remover<sup>9</sup>.

Una crítica más positiva ha recibido la decisión *HK Danmark, en nombre de Jette Ring contra Dansk almennyttigt Boligselskab* y *HK Danmark, en nombre de Lone Skouboe Werge contra Dansk Arbejdsgiverforening en nombre de Pro Display*, de 11 de abril de 2013, en la que el Tribunal, por primera vez, interpreta las disposiciones de la Directiva 2000/78/CE tras la ratificación de la CDPD<sup>10</sup>.

En este caso, la cuestión prejudicial buscaba una aclaratoria sobre el significado del concepto de discapacidad conforme a la sentencia *Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA*. Concretamente, se le preguntó al TJUE si una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como incurable, o bien diagnosticada médicamente como curable, podría ser considerada como discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE<sup>11</sup>. Asimismo, se consultó si la situación de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar cabo su trabajo, o sólo puede hacerlo en medida limitada, durante un

---

<sup>8</sup> Waddington, Lisa. “A New Era in Human Rights Protection in the European Community: The Implications the United Nations' Convention on the Rights of Persons With Disabilities for the European Community”. *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, 2007, 2007-4, p. 18.

<sup>9</sup> En efecto, la CDPD adopta el denominado modelo social de la discapacidad que se opone al modelo médico-rehabilitador. Según el primero, la discapacidad no es un estado intrínseco al individuo sino el resultado de la situación del individuo afectado en su ambiente y en la más amplia estructura de la sociedad, que coloca al individuo en una posición de desventaja. Mientras que el modelo médico-rehabilitador concibe la discapacidad como un problema personal del individuo, directamente causado por sus limitaciones y no referido a ningún factor externo. Muñoz Ruiz, Ana Belén. “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores”. *Temas Laborales*, 2009, 10, p. 327. Sobre el modelo social de la discapacidad, además véase: Palacios Rizzo, Agustina. *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca, 2008.

<sup>10</sup> Los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento fueron los siguientes: la Sra. Ring estuvo de baja laboral por enfermedad en diversas ocasiones entre el 6 de junio de 2005 y el 24 de noviembre de 2005. Mediante escrito de su empleador, de 24 de noviembre de 2005, la Sra. Ring fue informada de su despido. Por su parte, la Sra. Skouboe Werge, tras sucesivas bajas laborales temporales por enfermedad fue objeto de baja laboral indefinida pues su médico señalaba no poder establecer la duración de la incapacidad laboral. La Sra. Skouboe Werge pasó por un proceso de evaluación ante la administración laboral correspondiente, que fijó su grado de discapacidad en un 65%, tras lo que fue despedida. Al respecto, véase: Waddington, Lisa. “*HK Danmark (Ring and Skouboe Werge): Interpreting EU Equality Law in Light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*”. *European Anti-Discrimination Law Review*, 2013, 17, pp. 11-23.

<sup>11</sup> Petición de decisión prejudicial planteada por el Søg og Handelsret (Dinamarca) el 1 de julio de 2011 - HK Danmark, en nombre de Jette Ring / Dansk almennyttigt Boligselskab DAB, cuestiones 1 (b) y (c).

período de tiempo que probablemente sea prolongado o permanente, está cubierta por la Directiva 2000/78/CE<sup>12</sup>. Y, finalmente, el Tribunal danés preguntó si una persona que tiene una reducción permanente de la capacidad funcional que no origina la necesidad de medios auxiliares especiales o similares sino que consiste, sólo o esencialmente, en que la persona afectada no es capaz de trabajar a tiempo completo, puede considerarse que tenga una discapacidad conforme a la norma comunitaria<sup>13</sup>.

En respuesta a estas cuestiones el TJUE, como punto preliminar, recordó que su anterior decisión en materia de discapacidad (*Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA*) se produjo antes de que la Unión Europea se convirtiese en parte de la CDPD (apartado 37)<sup>14</sup>.

En este contexto, establece una nueva definición de la discapacidad como “una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores” (apartado 38).

Además, renueva el criterio establecido en jurisprudencia anterior y se reconoce claramente que la discapacidad:

Comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración (apartado 47).

En cuanto a la última cuestión planteada, el Tribunal hace hincapié en que una discapacidad “no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional” (apartado 43). Con lo cual, el concepto de discapacidad debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no, a una imposibilidad de ejercer tal actividad (apartado 44).

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, cuestión 1 (a).

<sup>13</sup> *Ibidem*, cuestión 2.

<sup>14</sup> Como se ha establecido en páginas anteriores, la CDPD es el primer tratado exhaustivo sobre derechos humanos ratificado por la Unión Europea. Con esta ratificación la Convención, desde el 23 de diciembre de 2011, forma parte del ordenamiento jurídico comunitario y es directamente aplicable en el territorio de la Unión. Sobre este proceso de ratificación, véase: Domínguez Alonso, Alma Patricia. “La incorporación en el Derecho de la Unión Europea de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad”. *Revista General de Derecho Administrativo*, 2012, 29, pp. 1-23.

Este nuevo enfoque que adopta el Tribunal representa un avance considerable con respecto al planteado en el asunto *Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA*, aunque no está exento de dificultades.

Ciertamente, la discapacidad en este caso no se concibe únicamente en términos de la existencia de una limitación que restringe la capacidad de una persona para participar en la vida profesional, sino que además deben tenerse en cuenta los factores sociales y ambientales que influyen en esa limitación. Ahora bien, el concepto propuesto por el TJUE sigue siendo más restrictivo que lo establecido en la CDPD, toda vez que se exige que la limitación sea capaz de impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional, para que pueda considerarse como una discapacidad.

El asunto que mejor ilustra esta cuestión es *Z. contra A Government department y The Board of management of a community school*, de 18 de marzo de 2014<sup>15</sup>. En esta ocasión, la cuestión prejudicial requiere la interpretación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), y de la Directiva 2000/78/CE, a fin de poder determinar si la denegación de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad y/o por adopción, derivado del nacimiento de un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, constituye discriminación por razón de sexo o por discapacidad.

En relación con la Directiva 2000/78/CE<sup>16</sup>, el Tribunal afirma que dicha debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de

---

<sup>15</sup> El caso se enmarca en una disputa entre una madre subrogante (Sra. Z) que ha tenido un hijo gracias a la gestación por sustitución y sus empleadores (A Government department y The Board of management of a community school), por denegarle un permiso retribuido equivalente a una licencia por maternidad o por adopción con motivo del nacimiento del niño. La Sra. Z. presentó una demanda contra el Government department ante el Tribunal de igualdad en la que alegaba que había sido objeto de trato discriminatorio por motivos de sexo, estatuto familiar y discapacidad. Además, considera que su empleador no le había concedido ajustes razonables en su condición de persona con discapacidad derivada de su imposibilidad para gestar un hijo. Para un comentario del sentido y alcance de esta sentencia, véase: Waddington, Lisa. "Saying all the right things and still getting it wrong. The Court of Justice's Definition of Disability and Non-Discrimination Law". *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, 22, pp. 576-591.

<sup>16</sup> Con respecto a la Directiva 2006/54/CE, el TJUE afirma que debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución. Además, indica que la situación de la referida madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción no está comprendida en esta Directiva (apartado 67).

discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución. Asimismo, señala que la validez de la Directiva no puede apreciarse en relación con la CDPD, pero debe ser interpretada en la medida de lo posible de conformidad con la misma (apartado 91).

A juicio del TJUE la afección que sufre la Sra. Z constituye una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo. En este sentido, es indiscutible que la imposibilidad para una mujer de gestar un hijo puede ser una causa grave de sufrimiento para ella (apartado 79). No obstante, tal incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye una discapacidad, en la medida en que no supone un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él (apartado 81).

Dicho de otra forma, la sentencia confina el concepto de discapacidad solo a limitaciones que obstaculicen o imposibiliten el ejercicio de la actividad profesional. Cuestión que, evidentemente, supone un claro retroceso con respecto a la CDPD que no exige para su aplicación tal requisito.

Para Ferri y Lawson, el Tribunal confunde el hecho de que el ámbito de aplicación material de la Directiva 2000/78/CE se circunscribe al empleo y la ocupación. Sin embargo, no se sigue de ello que solo debe concederse protección a las personas que puedan demostrar el impacto del trato discriminatorio en su vida profesional. Así, las cuestiones relativas a las experiencias laborales de un demandante deben ser relevantes únicamente a los efectos de determinar el ámbito de aplicación material de la Directiva no su ámbito de aplicación personal<sup>17</sup>.

La sentencia más reciente del TJUE en materia de discapacidad es *Fag og Arbejde (FOA), por cuenta de Karsten Kaltoft contra Kommunernes Landsforening (KL), por cuenta de Billund Kommune*, de 18 de diciembre de 2014<sup>18</sup>. En este caso se

---

<sup>17</sup> Ferri, Delia y Lawson. Anna. *Reasonable accommodation for disabled people in employment. A legal analysis of the situation in EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway* [en línea]. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, 2016, p. 55. <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3724-reasonable-accommodation-for-disabledpeopleinemployment> [19 agosto 2016].

<sup>18</sup> En este caso el Sr. Kaltoft fue despedido de su empleo como cuidador infantil, después de quince años de haber trabajado para el municipio de Billund (Dinamarca). La reducción del número de niños y la consiguiente disminución de la carga de trabajo produjo cambios significativos en la organización y prestación del servicio que llevaron al empleador a prescindir de parte de la plantilla. Curiosamente, en este asunto, el Sr. Kaltoft fue el único cuidador infantil despedido. Se trata de una persona obesa sobre cuyo estado físico los responsables del servicio mantuvieron un control exhaustivo y que ante su

plantea la hipótesis de si es o no posible considerar la obesidad como una discapacidad, y por ende, encontrarse protegida por la Directiva 2000/78/CE.

El Tribunal, de manera preliminar, considera que el Derecho de la Unión Europea (tanto originario como derivado) no consagra un principio de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación. En efecto, según reiterada jurisprudencia, no procede ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva. Por lo que la obesidad, como tal, no puede añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78/CE prohíbe toda discriminación (apartados 33 a 37).

En cuanto a la relación entre obesidad y discapacidad, el TJUE reitera su concepto de discapacidad recogido en la sentencia *HK Danmark, en nombre de Jette Ring contra Dansk almennyttigt Boligselskab* y *HK Danmark, en nombre de Lone Skouboe Werge contra Dansk Arbejdsgiverforening en nombre de Pro Display*, y en base a éste señala que, a los efectos de la Directiva 2000/78/CE, la obesidad no puede considerarse “discapacidad”, dado que, por su propia naturaleza, no da lugar necesariamente a una limitación de las contempladas en la definición de discapacidad, esto es, una limitación a largo plazo, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pudiera impedir la participación plena y efectiva de la persona obesa en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (apartado 58).

Ahora bien, en determinadas circunstancias en las que la obesidad suponga una limitación de este tipo, entonces sí podría estar incluida en el concepto de discapacidad, a efectos de la Directiva 2000/78/CE (apartado 59). Este sería el caso, por ejemplo, de una movilidad de reducida o de la concurrencia de patologías que no le permitieran a la persona realizar su trabajo o que le acarrearán una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional (apartado 60).

La definición de discapacidad adoptada en este caso se refiere, una vez más, a una limitación debida a una deficiencia que, al interactuar con diversas barreras,

---

requerimiento de recibir aclaraciones sobre la causa que motiva ser el trabajador elegido para ser despedido, el Municipio de Billund no se pronuncia. Estas circunstancias llevaron al Sr. Kaltoft a recurrir el despido por considerarlo discriminatorio en razón de su obesidad. Sobre esta sentencia, véase: Pelayo Olmedo, José Daniel. “Aclaraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de discriminación: la obesidad como posible causa de discapacidad. A propósito de la sentencia *Karsten Kaltoft vs. Billund Kommune*”. *Revista General de Derecho Europeo*, 2015, 37, pp. 1-20.

dificulta su participación en la vida profesional. En este sentido, los ejemplos que se ofrecen de tales limitaciones en el contexto de la obesidad son claramente físicos y directamente relacionados con una condición médica.

Esta postura que asume el Tribunal es un tanto restrictiva. En nuestra opinión, parece excluirse del ámbito de protección de la Directiva 2000/78/CE las denominadas discriminaciones supuestas o erróneas por razón de discapacidad, es decir, aquellas situaciones en las que los individuos no experimentan una limitación física, sino que ven obstaculizado el desarrollo de su vida profesional por las actitudes discriminatorias de los demás<sup>19</sup>.

El Abogado General tuvo la oportunidad de aclarar este asunto en sus conclusiones, no obstante prefirió no pronunciarse al respecto y continuar manteniendo la incertidumbre. Indicó que:

En mi opinión no es preciso pronunciarse sobre esta intrincada cuestión jurídica en el marco de la presente remisión prejudicial. Ello se debe a que no se discute que el Sr. Kaltoft sufra obesidad. Si el órgano jurisdiccional nacional considera que esta situación constituye una discapacidad y que el Sr. Kaltoft ha sido despedido por ella, cualquier diferencia de trato se basará en una discapacidad real y no sólo meramente supuesta<sup>20</sup>.

La postura del Abogado General y del Tribunal representa una verdadera oportunidad perdida para brindar una orientación clara sobre el concepto de discriminación supuesta, además de su posible protección conforme a la normativa comunitaria.

Tal y como advertimos en líneas anteriores, el trato discriminatorio basado en falsas suposiciones sobre las características de un individuo (capacidad, raza u origen étnico, edad, orientación sexual, sexo, religión o creencia) debe estar cubierto por el Derecho antidiscriminatorio, puesto que lo contrario implicaría una restricción a la protección ofrecida en las Directivas.

---

<sup>19</sup> El papel de la discriminación y los prejuicios con respecto a las personas que son obesas, fue alegado por el Sr. Kaltoft en sus observaciones escritas. Esta tesis del Sr. Kaltoft fue admitida por el Abogado General Jääskinen en sus conclusiones de la siguiente manera: “(la obesidad) puede entrañar limitaciones en el mercado de trabajo por los prejuicios basados en la apariencia física”. Conclusiones del Abogado General Sr. Jääskinen, presentadas el 17 de julio de 2014. Asunto C-354/13, conclusión 52. Para un interesante análisis de esta cuestión, véase: Waddington, Lisa. “Saying all the right things and still...”, pp. 587 y ss.

<sup>20</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Jääskinen, presentadas el 17 de julio de 2014. Asunto C-354/13, conclusión 49.

### 3. Reflexiones finales

Mientras la conceptualización jurisprudencial de la discapacidad a nivel comunitario siga aferrándose al modelo médico y no se realice una nueva interpretación verdaderamente conforme con la CDPD, seguirán existiendo diferentes niveles de protección para las personas con discapacidad.

En efecto, la mayor parte de los Estados miembros de la Unión Europea cuentan con definiciones de discapacidad en sus ordenamientos jurídicos, aunque estas a menudo se derivan del contexto de la legislación de seguridad social en lugar de la normativa antidiscriminatoria<sup>21</sup>, situación que es realmente preocupante<sup>22</sup>.

Una revisión preliminar de estos conceptos revela que, a priori, en gran parte de los países se aplica una definición acorde con la jurisprudencia más reciente del TJUE, salvo el caso de Austria, Bulgaria, República Checa, Estonia, Alemania, Irlanda, Italia, Letonia, Luxemburgo, Rumania, Eslovenia, Suecia y Reino Unido, donde todavía se mantiene vigente el modelo médico de la discapacidad adoptado por el Tribunal en su sentencia *Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA*<sup>23</sup>.

Por el contrario, en el caso específico de Bulgaria, se ha interpretado la discapacidad de manera más amplia, no requiriendo que la limitación suponga un obstáculo para la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional<sup>24</sup>.

El requisito de la duración de la limitación también se ha implementado de manera muy diversa. Por ejemplo, en Austria y Alemania es necesario que limitación supere los seis meses, mientras que en Reino Unido debe extenderse (o poder llegar a extenderse) por lo menos 12 meses. Las legislaciones chipriota y sueca, por su parte, requieren que el deterioro cuente con una duración indefinida<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Chopin, Isabelle y Germaine, Catharina. *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2015. A comparative analysis of the implementation of EU non-discrimination law in the EU Member States, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Iceland, Liechtenstein, Montenegro, Norway, Serbia and Turkey* [en línea]. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2016, p. 21. <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3824-a-comparative-analysis-of-non-discrimination-law-in-europe-2015-pdf-1-12-mb> [19 agosto 2016].

<sup>22</sup> La definición de discapacidad contenida en el derecho de la seguridad social debe ser, necesariamente, muy estricta y limitada, ya que de ella dependerá el acceso a ciertos beneficios económicos que suelen ser escasos. Por esta razón, es probable que solo las personas con discapacidades más severas puedan acceder a este tipo de recursos. Al respecto: Waddington, Lisa y Lawson, Anna. *Disability and non-discrimination law...*, p. 22.

<sup>23</sup> Chopin, Isabelle y Germaine, Catharina. *A comparative analysis of non-discrimination law...*, p. 21.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 23.

En un último grupo de Estados, como Estonia, Chipre, Hungría, Lituania, España, Suecia y Malta, no se limita el alcance del concepto de discapacidad al ámbito del empleo y de la ocupación, sino que se amplía a todos los aspectos de la vida social<sup>26</sup>.

La variedad de enfoques adoptados por los Estados miembros pone de relieve la necesidad de implementar reformas legales con el fin de armonizar los ordenamientos jurídicos nacionales, por una parte, con la jurisprudencia comunitaria, y por otra, con la CDPD.

Sin embargo, es innegable que legislar desde una perspectiva antidiscriminatoria en esta materia plantea retos importantes para los Estados miembros, ya que requiere un cambio de paradigma del modelo en el que tradicionalmente se han adoptado muchas políticas y leyes en favor de las personas con discapacidad.

En este sentido, será crucial el rol que asuma el TJUE de cara a proporcionar un nuevo marco para la interpretación del concepto de discapacidad a nivel nacional, conforme a lo establecido en la CDPD, a partir del cual se garantice el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

### Referencias Bibliográficas

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Implementing the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). An overview of legal reforms in EU Member States* [en línea], 2015 <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/implementing-un-crpd-overview-legal-reforms-eu-member-states> [19 agosto 2016].

Chopin, Isabelle y Germaine, Catharina. *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2015. A comparative analysis of the implementation of EU non-discrimination law in the EU Member States, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Iceland, Liechtenstein, Montenegro, Norway, Serbia and Turkey* [en línea]. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2016, p. 21

---

<sup>26</sup> Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Implementing the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). An overview of legal reforms in EU Member States* [en línea], 2015, p. 8. <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/implementing-un-crpd-overview-legal-reforms-eu-member-states> [19 agosto 2016].

<http://www.equalitylaw.eu/downloads/3824-a-comparative-analysis-of-non-discrimination-law-in-europe-2015-pdf-1-12-mb> [19 agosto 2016].

- Cordero Gordillo, Vanessa. *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- De Búrca, Gráinne. “The European Union in the negotiation of the Disability Convention”. *European Law Review*, 2010, 35, p. 191.
- Domínguez Alonso, Alma Patricia. “La incorporación en el Derecho de la Unión Europea de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad”. *Revista General de Derecho Administrativo*, 2012, 29, pp. 1-23.
- Fernández Allés, María Teresa y Fernández Allés, José Joaquín. “El derecho europeo de la discapacidad: base jurídica y configuración jurisprudencial (2006-2013)”. *Revista General de Derecho Europeo*, 2014, 32, pp. 1-36.
- Ferri, Delia y Lawson, Anna. *Reasonable accommodation for disabled people in employment. A legal analysis of the situation in EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway* [en línea]. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, 2016  
<http://www.equalitylaw.eu/downloads/3724-reasonable-accommodation-for-disabled-people-in-employment> [19 agosto 2016].
- Lawson, Anna. “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?”. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 2007, 34, 2007, pp. 593-595.
- Muñoz Ruiz, Ana Belén. “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores”. *Temas Laborales*, 2009, 10, pp. 321-339.
- Palacios Rizzo, Agustina. *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca, 2008.
- Ruiz Castillo, María del Mar. *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2010.
- Pelayo Olmedo, José Daniel. “Aclaraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de discriminación: la obesidad como posible causa de discapacidad. A propósito de la sentencia Karsten Kaltoft vs. Billund Kommune”. *Revista General de Derecho Europeo*, 2015, 37, pp. 1-20.

- Waddington, Lisa y Lawson, Anna. *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field* [en línea]. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, 2009 [http://www.equalitylaw.eu/index.php?option=com\\_edocman&task=document.viewdoc&id=1336&Itemid=295](http://www.equalitylaw.eu/index.php?option=com_edocman&task=document.viewdoc&id=1336&Itemid=295) [19 agosto 2016].
- Waddington, Lisa. “A New Era in Human Rights Protection in the European Community: The Implications the United Nations' Convention on the Rights of Persons With Disabilities for the European Community”. *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, 2007, 2007-4, pp. 1-22.
- Waddington, Lisa. “*HK Danmark (Ring and Skouboe Werge)*: Interpreting EU Equality Law in Light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”. *European Anti-Discrimination Law Review*, 2013, 17, pp. 11-23.
- Waddington, Lisa. “Saying all the right things and still getting it wrong. The Court of Justice’s Definition of Disability and Non-Discrimination Law”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, 22, pp. 576-591.



**A CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS  
SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA  
E OS SEUS EFEITOS NO DIREITO BRASILEIRO**

**THE CONVENTION OF THE UNITED NATIONS  
ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES  
AND ITS EFFECTS IN THE BRAZILIAN LAW**

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó  
*Universidade Federal Maranhão*

Lucyléa Gonçalves França  
*Universidade Federal Maranhão*

**Resumo:** O objetivo deste trabalho é verificar como se relaciona a proteção interna e internacional dos Direitos Humanos por meio dos efeitos do controle de convencionalidade da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência com o direito brasileiro. A metodologia utilizada na pesquisa constitui-se em estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de bibliografia especializada, além do estudo de caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 182 – 0/800 - DF, ajuizada pela Procuradoria Geral da República no Supremo Tribunal Federal, que busca o redimensionamento do conceito da pessoa com deficiência, de acordo com a referida convenção internacional. Para tanto, a compreensão do controle de convencionalidade é fundamental e atual no estudo e afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois ele age como uma garantia de eficácia das legislações internacionais, capaz de dirimir conflitos entre direito interno e normas de Direito Internacional, podendo ser efetuado pelas próprias Cortes Internacionais ou pelos tribunais internos dos países signatários. Dessa forma, pode-se perceber que ao se encontrar incompatível com os tratados internacionais em vigor no plano interno, a produção legislativa doméstica se torna inválida no direito interno, mesmo que compatível com a Constituição. A partir de pesquisas doutrinárias e bibliográficas, conclui-se que a teoria geral do controle de convencionalidade das leis surtiu efeito, no âmbito doméstico brasileiro, por meio da Lei nº 12.470/2011, que alterou, dentre outros dispositivos, o artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, de modo que agora, mesmo que a ADPF 182 ainda não tenha sido julgada, o § 2º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social passa a vigorar com o conceito de pessoa com deficiência tal qual estabelecido no artigo 1º da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência.

**Palavras chave:** Nações Unidas, Convenção, Pessoas com deficiência, Brasil, Efeitos.

**Abstract:** The aim of this study is to see how it relates to domestic and international protection of human rights through the conventionality control the effects of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities with Brazilian law. The methodology used in the research is in descriptive-analytic study, developed through literature specializing in addition to the case study of fundamental precept Breach Action (ADPF) 182 - 0/800 - DF, filed by the Attorney General Republic in the Supreme Court, seeking the resizing of the person concept with disabilities, according to this international convention. Therefore, understanding the conventionality control is essential and current in the study and affirmation of international human rights law, because it acts as a guarantee of effectiveness of international laws, able to resolve conflicts between national

law and rules of international law, may It is made by the very Cortes International or by domestic courts of the signatory countries. Thus, it can be seen that to find incompatible with international treaties on the domestic front, the domestic legislative process becomes invalid in domestic law, even if compatible with the Constitution. From doctrinal and bibliographical research, it is concluded that the general theory of conventionality control laws took effect in the Brazilian domestic front, by Law No. 12,470 / 2011, which amended, among other provisions, Article 20 of Law no 8742/1993, so that now, even if the ADPF 182 has not yet been tried, in § 2 of Article 20 of the Organic Social assistance Act becomes effective with the concept of disabled person as is established in Article 1 of Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

**Keywords:** United Nations, Convention, Persons with disabilities, Brazil, Effects.

## 1. Introdução

A partir do processo de redemocratização do Brasil, que se iniciou desde meados da década de 1970, o país passou a ratificar tratados internacionais relevantes sobre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Com o advento da Emenda Constitucional n.º. 45, de 30 de dezembro de 2004, houve alterações importantes, tais quais as disposições referentes à integração do Direito Internacional Público ao direito interno, especificamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Sendo assim, o novo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 possibilita que os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos sejam equivalentes às emendas constitucionais, desde que aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros.

Dessa forma, a possibilidade dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado e, conseqüentemente, serem equivalentes às emendas constitucionais traz à tona um novo tipo de controle das leis.

Nesta feita, não se fala apenas do controle de constitucionalidade, mas também do controle de convencionalidade, o qual diz respeito à compatibilização vertical da produção normativa doméstica com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo brasileiro.

Dentre tais tratados, destaca-se o primeiro tratado internacional de direitos humanos do século XXI: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Tal convenção foi homologada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 13 de dezembro de 2006, e entrou em vigência em 3 de maio de 2008, após ultrapassar o mínimo de vinte ratificações.

A Convenção e o seu Protocolo Facultativo foram assinados pelo Brasil em 30 de março de 2007. A promulgação desse documento pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, ganhou destaque por ter sido a primeira convenção internacional com equivalência de emenda à constituição, por força do artigo 5º, § 3º<sup>1</sup> do texto constitucional de 1988<sup>2</sup>.

Nesse sentido, este trabalho objetiva verificar os efeitos da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Direito brasileiro.

## **2. A convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos no Direito brasileiro: o controle de convencionalidade e a ADPF nº 182-0/800 – DF.**

A Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência é o primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos do século XXI, específico para essas pessoas. Antes, porém, em 2001, a Organização das Nações Unidas criou um comitê *ad hoc*, cujo lema era *Nothing about us without us*, para avaliar propostas, discutir e elaborar o seu texto. Após cinco anos de trabalho, a convenção foi homologada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 13 de dezembro de 2006 e entrou em vigência em 3 de maio de 2008, depois de ultrapassar o mínimo de vinte ratificações.

---

<sup>1</sup> Merecem destaque as críticas à cláusula de abertura da Constituição Federal brasileira de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil feitas por José Emílio Medauar Ommati (2014) e Ingo Wolfgang Sarlet (2007) quando asseguram que a melhor interpretação para este caso é proveniente da análise no art. 5º, parágrafo 2º, ou seja, que desde o advento da Constituição de 1988 os direitos fundamentais oriundos do direito internacional (tratados internacionais) se aglutinam à constituição material e acabam tendo status equivalente. José Emílio Medauar Ommati (2014, p. 62-63) entende que (“a Constituição teria inclusive definido que a inclusão dos tratados de direitos humanos seria automática, pois apenas explicita que basta o Brasil fazer parte do tratado ou convenção de direitos humanos”).

<sup>2</sup> Art. 5º 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, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988).

Isso demonstra o consenso e o reconhecimento pela sociedade internacional da necessidade de garantir efetivamente o respeito à pessoa com deficiência<sup>3</sup>, pois a Convenção reafirma os princípios universais (dignidade, integralidade, igualdade e não discriminação) em que se baseia e define as obrigações gerais dos Governos relativas à integração das várias dimensões da deficiência nas suas políticas, bem como as obrigações específicas relativas à sensibilização da sociedade para a deficiência, ao combate aos estereótipos e à valorização das pessoas com deficiência<sup>4</sup>.

Portanto, essa convenção é marco histórico na garantia e promoção dos direitos humanos, em particular das pessoas com deficiência. O propósito previsto no preâmbulo desse documento internacional é a promoção, proteção e garantia do desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e a promoção do respeito pela sua inerente dignidade.

Nessa visão, a concepção de deficiência não pode ser puramente médica, o que a associa exclusivamente à doença<sup>5</sup>, mas deve-se reconhecer que ela é conceito em evolução e que a mesma resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente, que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ou seja, denuncia a relação de desigualdade imposta por esses ambientes ao corpo com impedimentos<sup>6</sup>.

Desta forma, a compreensão da deficiência e da diversidade das pessoas com deficiência está atrelada à área de desenvolvimento social e de direitos humanos, por meio de dimensão mais personalizada e social. Essa concepção traduz a noção de que a pessoa é o principal foco a ser observado e valorizado, antes de sua deficiência, bem

---

<sup>3</sup> Flávia Piovesan aduz que “A efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão. Isto é, a implementação dos direitos humanos requer a universalidade e a indivisibilidade desses direitos, acrescidas do valor da diversidade” (Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 64-65).

<sup>4</sup> Portugal. Instituto Nacional para a Reabilitação. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* [em linha]. <http://www.inr.pt/content/1/1187/convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia> [04 agosto 2016].

<sup>5</sup> Martins, Lília Pinto. *A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada*. En Crosara Resende, Ana Paula y Paiva Vital, Flavia Maria de (coords.). Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

<sup>6</sup> Diniz, Débora, Barbosa, Livia y Santos, Wederson Rufino dos. “Deficiência, direitos humanos e justiça”. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, dez. 2009 (semestral), vol. 6, n.º 11, pp. 65-77.

como sua real capacidade de ser o agente ativo de suas escolhas<sup>7</sup>. Imbuído desse sentimento, a Convenção tratou, no Artigo 1º, do seu propósito e nele definiu o conceito de pessoa com deficiência.

Analisando a questão, Luis Fara<sup>8</sup> a destaca como instrumento vinculante de proteção específica, que assume o modelo social de deficiência, ao entender que esta resulta da interação entre as pessoas com deficiência e as barreiras originadas nas atitudes e em torno das quais se encontram imersas. Assim, a interação sobredita ganha destaque para definição da deficiência, pois nem todo corpo com impedimentos vivencia necessariamente a discriminação, a desigualdade ou a opressão pela deficiência, vez que, agora, há relação de dependência entre esse corpo e o grau de acessibilidade que a sociedade oferece<sup>9</sup>.

Dessa feita, apesar de parcialmente manter o marco conceitual do modelo biomédico, a convenção adota, com clareza e contundência, combinação dos modelos que traz enfoque dinâmico, permitindo adaptações ao longo do tempo e diversos cenários socioeconômicos, além de enfatizar que o que provoca a situação de deficiência é a interação com diversas barreiras<sup>10</sup>. Isso se deve à adoção do modelo social que gera referência para o entendimento e a ação, pois concebe a exclusão social da pessoa com deficiência como processo estrutural que articula e soma diversas exclusões, cada uma com suas especificidades e lógicas discretas que complicam a agregação e representação de interesses, a constituição dessas pessoas em atores estratégicos e, conseqüentemente, que aumentam o desafio de realizar os direitos desse grupo vulnerável<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Martins, Lilia Pinto. *A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada*. En Crosara Resende, Ana Paula y Paiva Vital, Flavia Maria de (coords.). Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

<sup>8</sup> Fara, Luis. “Análisis de la normativa nacional orientada a las personas con discapacidad”. En Acuña, Carlos H. y Bulit Goñi, Luís G. (Comp.). *Políticas sobre La discapacidad en la Argentina: el desafío de hacer realidad los derechos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010, pp. 125-189.

<sup>9</sup> Diniz, Débora. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

<sup>10</sup> Diniz, Débora, Barbosa, Livia y Santos, Wederson Rufino dos. “Deficiência, direitos humanos e justiça”. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, dez. 2009 (semestral), vol. 6, n.º 11, pp. 65-77; Fara, Luis. “Análisis de la normativa nacional orientada a las personas con discapacidad”. En Acuña, Carlos H. y Bulit Goñi, Luís G. (Comp.). *Políticas sobre La discapacidad en la Argentina: el desafío de hacer realidad los derechos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010, pp. 125-189.

<sup>11</sup> Acuña, Carlos. H. et al. “Discapacidad: derechos y políticas públicas”. En Acuña, Carlos H.; Goñi, Luís G. Bulit (Comp.). *Políticas sobre La discapacidad en la Argentina: el desafío de hacer realidad los derechos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010, pp. 23-72.

Esse conceito supera as legislações internas até então existentes, que normalmente enfocavam o aspecto clínico ou biomédico da deficiência, propiciando nova baliza de interpretação, na qual as soluções não apontam ao indivíduo, mas à sociedade; a mudança deve ser da sociedade e não das pessoas<sup>12</sup>. Por isso, as limitações físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais passam a ser consideradas atributos das pessoas, o que pode ou não gerar restrições para o exercício dos direitos, dependendo das barreiras sociais, físicas ou culturais que se imponham a esses cidadãos<sup>13</sup>.

Nesse contexto, a deficiência é a combinação de limitações pessoais com impedimentos culturais, econômicos, físicos e sociais, deslocando a questão do âmbito do indivíduo com deficiência para a sociedade, que passa a assumir a deficiência e seus desdobramentos como assunto de todos, deslocando-se dos espaços domésticos para vida pública, da esfera privada ou de cuidados familiares para questão de justiça<sup>14</sup>.

Além de propor e trazer um conceito universal de pessoa com deficiência, esta Convenção reforça a necessidade da aplicação de políticas públicas estatais que concretizem os seus princípios gerais previstos no seu art. 3º. Jorge Miranda<sup>15</sup> entende que a leitura desse tratado deve ser feita à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ou seja, em processo de complementação.

Assim, alerta Jorge Miranda, todos os direitos, conceitos e diretrizes previstos na Convenção terão como base a dignidade da pessoa que (“é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana, não é a de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que se considera irredutível, insubstituível e irrepetível”), ou seja, (“É o homem ou a mulher, independentemente das suas condições físicas, mentais, culturais, sociais, económicas ou outras, que vale por si”)<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Fara, Luis. “Análisis de la normativa nacional orientada a las personas con discapacidad”. En Acuña, Carlos H. y Bulit Goñi, Luís G. (Comp.). *Políticas sobre La discapacidad en la Argentina: el desafío de hacer realidad los derechos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010, pp. 125-189.

<sup>13</sup> Feijó, Alexsandro Rahbani Aragão. “Os efeitos da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Direito Internacional e no Brasileiro”. En *Direito internacional em expansão*, vol. 1, Anais do 10º Congresso Brasileiro de Direito Internacional / Wagner Menezes (org). Belo Horizonte: Arraes, 2012, pp. 27-36.

<sup>14</sup> Naussbaum, Martha. *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós Iberica, 2007.

<sup>15</sup> Miranda, Jorge. *Comentário à Convenção por Jorge Miranda* [em línea]. <http://www.inr.pt/content/1/1665/comentario-convencao-por-jorge-miranda> [04 agosto 2016].

<sup>16</sup> *Ibidem*.

Isso reflete e exige uma profunda mudança de comportamento social com o respeito pela diferença e pela aceitação da pessoa com deficiência como parte da diversidade humana<sup>17</sup>, ou seja, essa transformação de comportamento intenta que as (“pessoas com deficiência têm de ser tratadas como quaisquer outras, não podem sofrer desvantagens, nem restrições ou privações de direitos por causa disso, nem lhes podem ser impostos encargos que não sejam impostos a quaisquer outras”)<sup>18</sup>.

Além disso: “As pessoas com deficiência não têm de viver em mundos fechados; nenhuma forma ou intenção de os proteger pode conduzir ao isolamento ou à segregação”<sup>19</sup>.

Jorge Miranda ratifica a importância dessa Convenção quando esclarece que “[...], como membros da comunidade devem exercer os direitos gerais de participação quer na área onde habitem, quer nas diversas instâncias culturais, religiosas, profissionais, associativas e partidárias, quer nas eleições e nas outras actividades políticas”<sup>20</sup>.

Assim, conclui tratando sobre a igualdade de oportunidades, que deve ser proporcionada pela sociedade e pelo Estado, pois esse novo paradigma faz com que: “Agora não tanto iguais direitos à partida quanto disponibilidade real das pessoas com deficiência para os exercer. Agora não tanto igualdade na lei quanto igualdade na prática, através de meios adequados e de prestações por parte da sociedade e do Estado”<sup>21</sup>.

Vive-se o momento da inclusão da pessoa com deficiência, por meio do qual a sociedade passa a se adaptar para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com deficiência (além de outras) e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> Jorge Miranda esclarece que: “Por detrás do art. 3º da Convenção, como por todos os restantes artigos, acha-se uma ideia radical de solidariedade. Porque só a solidariedade entre as pessoas, nas diversas circunstâncias em que podem vir a encontrar-se, as pessoas com deficiência e as pessoas sem deficiência, permite assegurar a dignidade e a qualidade de vida”. *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Sasaki, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 8. ed., Rio de Janeiro: WVA, 2010.

Romeu Kazumi Sasaki<sup>23</sup> expõe os princípios sobre os quais repousa a prática da inclusão social. São eles: a aceitação das diferenças individuais, a valorização de cada pessoa, a convivência dentro da diversidade humana e a aprendizagem mediante a cooperação.

Dessa aplicação, surge a certeza de que ela contribui para a construção de novo tipo de sociedade por meio de transformações nos ambientes físicos (espaços internos e externos, equipamentos, aparelhos e utensílios, mobiliários e meios de transporte), nos procedimentos técnicos e na mentalidade de todas as pessoas, inclusive da própria pessoa com deficiência.

Afirma o mesmo autor que para que haja uma sociedade verdadeiramente democrática, isto é, aquela que realize o direito de todos e não apenas da maioria, temos que concretizar com eficiência a tal almejada inclusão social. Não é uma tarefa fácil entender o seu real significado, pois um de seus princípios, segundo preceitua Romeu Kazumi Sasaki é a *rejeição zero*, também conhecida como *exclusão zero*<sup>24</sup>. Isto quer dizer que, ou se adere totalmente aos seus princípios, ou não se fala em inclusão.

A presente Convenção não teve a preocupação de instituir novos direitos humanos e liberdades fundamentais para as pessoas com deficiência, mas de garantir que essas pessoas possam vir a usufruí-los. Para que isso ocorra, adotou a Convenção como parâmetro condições de igualdade, tanto que, ao desdobrar o artigo 1º, reforçou a ideia de que as barreiras impedirão a participação dessas pessoas de usufruírem de seus direitos em condições de igualdade.

A principal contribuição deste tratado internacional é a positivação da mudança de paradigma da visão da deficiência no mundo, que passa do modelo médico e assistencialista, predominante por muitos anos na história da humanidade, como exposto quando abordamos o conceito de pessoa com deficiência, para o modelo social dos direitos humanos.

Nesse contexto, um dos primeiros reflexos dessa Convenção da ONU no Direito brasileiro resultou na propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 182-0/800 pela Procuradoria da República. O caso tem como objeto a aplicação da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, tratado que se

---

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Sasaki, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 8. ed., Rio de Janeiro: WVA, 2010, p. 48-49.

destaca por ter sido o primeiro a ser internalizado pelo *quorum* qualificado de emenda constitucional, e por isso, passível de ser controlado de forma concentrada no Supremo Tribunal Federal (STF).

O artigo 1º<sup>25</sup> da Convenção trouxe um novo dimensionamento para o conceito de pessoa com deficiência, mais amplo do que a antiga redação do artigo 20, §2º da Lei nº 8.742/93 concede para que a pessoa com deficiência tenha acesso ao benefício de prestação continuada<sup>26</sup>. Dessa forma, o conceito da referida lei de que a pessoa com deficiência é aquela somente incapacitada para a vida independente e para o trabalho, tornou-se incompatível com o dispositivo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que ampliou o conceito de pessoa com deficiência com caráter menos restritivo, do que o disposto na Lei nº 8.742/93<sup>27</sup>.

Diante da antinomia entre os dois diplomas normativos, verifica-se que o caso enseja a aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade na sua modalidade concentrada, o que fez a Procuradoria da República mediante o ajuizamento da ADPF 182-0/800 (BRASIL, 2014), no qual cabe ao STF realizar o controle vertical material do dispositivo da Lei nº 8.742/93, tendo como parâmetro o novo conceito previsto na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

No entanto, conforme aponta Feijó e Pinheiro<sup>28</sup>, apesar de ainda não julgada a ação pelo STF, o controle de convencionalidade das leis já produziu seus efeitos no âmbito doméstico, que se deu quando o Brasil aprovou a alteração da redação do artigo

---

<sup>25</sup> “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”. Brasil. Supremo Tribunal Federal. “ADPF 182-0/800” [en línea]. <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=398078&tipo=TP&descricao=ADPF%2F182> [04 agosto 2016].

<sup>26</sup> O Benefício de Prestação Continuada é um benefício assistencial individual, não vitalício e intransferível. É previsto pela Constituição Federal de 1988, que garante a transferência de 1 (um) salário mínimo à pessoa idosa, com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, e à pessoa com deficiência de qualquer idade, que comprovem não possuir meios de se sustentar ou de ser sustentado pela família. Brasil. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. “Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências” [en línea]. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm) [04 agosto 2016].

<sup>27</sup> Alves, Waldir. “Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais”. En: Mazzuoli, V. O.; Marinoni; L. G (Cords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 328-330.

<sup>28</sup> Feijó, Alessandro Rahbani Aragão y Pinheiro, Tayssa Simone de Paiva Mohana. “O controle de convencionalidade e a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: o caso da ADPF 182-0/800 – DF” (en línea). *Revista de Direito Brasileira*, ano 3, vol. 6, set.-dez, 2013, p. 103. <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/revistadireitobrasileira/article/view/117/108> [04 agosto 2016].

20, § 2º da Lei nº 8.742/93 por meio da Lei nº 12.435/11, que, finalmente, adotou o conceito do artigo 1º da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, dando-lhe efeito útil e satisfazendo aos seus anseios<sup>29</sup>.

Ainda que não apreciado o controle jurisdicional de convencionalidade, esse caso é importante para lembrar que o Direito brasileiro, definitivamente, já está integrado a esse novo tipo de controle das normas domésticas, essencial para a harmonização do ordenamento jurídico interno, mediante a integração das duas ordens jurídicas, a interna e a internacional.

Isso reforça a ideia do impacto no Direito brasileiro, pois a teoria do controle de convencionalidade das leis consolidou a integração entre o ordenamento jurídico brasileiro e a ordem jurídica internacional, no que tange a produção normativa em matéria de direitos humanos. Diante dessa integração, conforme reiterou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cabe, agora, aos juízes e tribunais nacionais conhecer dos direitos e garantias expressos nesses tratados e garantir-lhes a sua efetividade e aplicação no caso concreto, tendo em vista que, não é incomum haver violações ao conteúdo desses tratados por atos do Poder Público e por meio de avanços indevidos na produção normativa doméstica.

Dessa maneira, compete aos órgãos da justiça nacional conciliar essas fontes normativas internas e internacionais, por meio do “diálogo das fontes”, para que se encontre a melhor solução no caso concreto, quando do exercício do controle de convencionalidade seja pela via difusa, quanto pela via concentrada.

O controle de convencionalidade é um instrumento que viabiliza a harmonização do ordenamento jurídico interno, por meio da teoria da dupla compatibilidade vertical material, e representa uma garantia para uma aplicação efetiva dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno.

Portanto, a relação entre a Convenção e o seu protocolo opcional com os direitos humanos, a sua ratificação estatal e o controle de convencionalidade propiciam o cenário ideal para uma mudança global e, sobretudo, local, do modelo de como se relacionar com a pessoa com deficiência.

---

<sup>29</sup> Brasil. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. “Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social” [en línea].

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm) [04 agosto 2016].

### 3. Conclusão

O Direito brasileiro vem integrando um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais, qual seja o Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis. Sendo assim, a produção normativa interna passa a ter um duplo controle vertical (constituição e tratados internacionais).

No que diz respeito ao controle dos tratados de direitos humanos, o Brasil trabalha em sua constituição como eles devem ser aplicados no direito interno. Assim, o tratado de direitos humanos será aprovado com o *status* de emenda constitucional, ao obedecer à sistemática do art. 5º, § 3º da Carta da República de 1988.

O Brasil vem concedendo aos direitos humanos a qualidade de elemento de política externa. Isso proporciona a continuidade nas medidas a serem adotadas com vistas à progressiva implementação dos direitos fundamentais da pessoa humana. Com relação às pessoas com deficiência, o Estado brasileiro é signatário de diversas convenções, dentre as quais a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi homologada pela Assembleia da ONU, em 13 de dezembro de 2006, e entrou em vigência em 3 de maio de 2008, após ultrapassar o mínimo de vinte ratificações.

Essa convenção ganha alcance global e gera efeitos positivos, tanto no Direito Internacional, quanto no Direito interno dos Estados signatários. No cenário internacional, demonstra a necessidade de um esforço mundial para que os Estados assegurem os direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Dessa forma, uma vez aprovada e ratificada, a Convenção é tomada como base, pelos países signatários, para a construção das políticas sociais, no que diz respeito tanto à identificação do sujeito albergado pela proteção social, quanto dos direitos a serem garantidos ou assegurados.

O presente trabalho destacou um dos primeiros e dos principais efeitos no Direito brasileiro da Convenção da ONU sobre os direitos das Pessoas com Deficiência: a mudança do conceito de Pessoa com deficiência. Em busca desse ajuste entre a Convenção e a norma interna foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 182-0/800, a qual ainda não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de convencionalidade. Entretanto, o Brasil reconheceu essa falta de sintonia quando aprovou a alteração do artigo 20, § 2º da Lei nº 8.742/93

por meio da Lei nº 12.435/11, gerando a compatibilização com o conceito de Pessoa com deficiência, previsto no artigo 1º da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

Dessa forma, conclui-se que o controle de convencionalidade apresentou um novo paradigma para a proteção internacional dos direitos humanos, atribuindo eficácia a força jurídica obrigatória dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno dos Estados. Além disso, esse instrumento consolidou a integração que devem ter as ordens jurídicas, interna e internacional, permitindo que o ordenamento jurídico interno dos Estados esteja em plena harmonia com as obrigações pactuadas internacionalmente.

Diante do exposto, pode-se afirmar que esse é o cenário ideal para uma mudança global do modelo de como se relacionar com a pessoa com deficiência. Caso isso não ocorra, o Brasil poderá ser questionado, seja na seara interna ou na internacional, pela dissintonia entre os termos a que se comprometeu e a condutas que efetivamente tomou, a fazer valer não só aplicação do controle de convencionalidade, o qual exige a eficácia da norma externa ratificada, bem como, possibilitar que seja processado, julgado e condenado por uma Corte internacional.

### Referências Bibliográficas

- Acuña, Carlos. H. *et al.* “Discapacidad: derechos y políticas públicas”. En Acuña, Carlos H.; Goñi, Luís G. Bult (comp.). *Políticas sobre La discapacidad en la Argentina: el desafío de hacer realidad los derechos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010, pp. 23-72.
- Alves, Waldir. “Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais”. En: Mazzuoli, V. O.; Marinoni, L. G (Cords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 319-331.
- Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil* [em linha]. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) [04 agosto 2016].

- Brasil. Supremo Tribunal Federal. “ADPF 182-0/800” [en línea]. <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=398078&tipo=TP&descricao=ADPF%2F182> [04 agosto 2016].
- Brasil. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. “Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências” [en línea]. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm) [04 agosto 2016].
- Brasil. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. “Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social” [en línea]. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm) [04 agosto 2016].
- Diniz, Débora. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- Diniz, Débora, Barbosa, Lívia y Santos, Wederson Rufino dos. “Deficiência, direitos humanos e justiça”. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, dez. 2009 (semestral), vol. 6, n.º 11, pp. 65-77.
- Fara, Luis. “Análisis de la normativa nacional orientada a las personas con discapacidad”. En Acuña, Carlos H. y Bulit Goñi, Luís G. (Comp.). *Políticas sobre La discapacidad en la Argentina: el desafío de hacer realidad los derechos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010, pp. 125-189.
- Feijó, Alessandro Rahbani Aragão. “Os efeitos da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Direito Internacional e no Brasileiro”. En *Direito internacional em expansão*, vol. 1, Anais do 10º Congresso Brasileiro de Direito Internacional / Wagner Menezes (org). Belo Horizonte: Arraes, 2012, pp. 27-36.
- Feijó, Alessandro Rahbani Aragão y Pinheiro, Tayssa Simone de Paiva Mohana. “O controle de convencionalidade e a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: o caso da ADPF 182-0/800 – DF” (en línea). *Revista de Direito Brasileira*, ano 3, vol. 6, set.-dez, 2013. <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/revistadireitobrasileira/article/view/117/108> [04 agosto 2016].

- Martins, Lilia Pinto. *A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada*. En Crosara Resende, Ana Paula y Paiva Vital, Flavia Maria de (coords.). Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.
- Miranda, Jorge. *Comentário à Convenção por Jorge Miranda* [em línea]. <http://www.inr.pt/content/1/1665/comentario-convencao-por-jorge-miranda> [04 agosto 2016].
- Naussbaum, Martha. *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós Iberica, 2007.
- Organização das Nações Unidas. *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência* [em línea]. <http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml> [04 agosto 2016].
- Ommati, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- Portugal. Instituto Nacional para a Reabilitação. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* [em línea]. <http://www.inr.pt/content/1/1187/convencao-sobre-os-direitos-daspessoascom-deficiencia> [04 agosto 2016].
- Sarlet, Ingo Wolfgang. “Direitos Fundamentais, Reforma do Judiciário e Tratados Internacionais de Direitos Humanos”. En Merlin Clève, Clèmerson; Wolfgang Sarlet, Ingo y Coutinho Pagliarini, Alexandre (coords). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 331-360.
- Sasaki, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 8. ed., Rio de Janeiro: WVA, 2010.

# AS ALTERAÇÕES NA TEORIA BRASILEIRA DAS INCAPACIDADES COM O ADVENTO DA LEI N.º 13.146/2015

## THE CHANGES IN BRAZILIAN THEORY OF DISABILITIES WITH THE ADVENT OF THE LAW N.º 13.146/2015

Jamille Morais de Siqueira  
*Advogada e Servidora Pública Federal, Brasil*

**Resumo:** A capacidade jurídica definida como a aptidão para a titularidade e o exercício de direitos e obrigações é matéria basilar aos Direitos Humanos. Por tratar-se de conceituação de ordem relativa, hipóteses de incapacidade são admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ocorre que a teoria brasileira das incapacidades recentemente passou por profundas alterações com o advento da Lei n.º 13.146 de 6 de julho de 2015. Conhecida como Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, referido diploma legal alterou parcialmente os arts. 3º e 4º do Código Civilista nacional, impondo significativas mudanças no regramento das incapacidades no ordenamento pátrio. Com nítida inspiração na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assinada em Nova Iorque, nos Estados Unidos, a Lei n.º 13.146/2015 veio extirpar do Direito brasileiro a incapacidade absoluta em virtude de deficiência física ou mental. Referida inovação destina-se à efetivação dos direitos humanos das pessoas com necessidades especiais, uma vez que no âmbito das relações jurídicas passam a ser primadas as suas manifestações de vontade. Contudo, apesar de possuir indubitável matiz humanista, o Estatuto tem gerado incisivas discussões no cenário jurídico-político nacional que revelam recepções contrárias ao novo regramento sob a justificativa de que o mesmo aniquila o caráter protetivo da lei civil. O presente trabalho visa, portanto, a partir de pesquisa bibliográfica e legislativa, apresentar as principais inserções oriundas da nova legislação na teoria brasileira das incapacidades e analisar as notáveis implicações jurídicas das novas regras ao direito civil, notarial e registral brasileiros.

**Palavras chave:** Incapacidades; Direitos humanos; Inovação; Direito notaria e registral.

**Abstract:** The legal capacity defined as the ability to ownership and exercise of rights and obligations is fundamental to Human Rights. Because it is concept of relative order, hypotheses of inability are allowed by Brazilian law. It happens that the Brazilian theory of disabilities has recently undergone profound changes with the enactment of law n.º 13.146 of July 6, 2015. Known as Law of Inclusion of People with Disabilities or the Statute of Person with Disabilities, this law partially amended the arts. 3 and 4 of national Civilista Code and imposes significant changes in regulation of disabilities in the national order. With clear inspiration in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities signed in New York, USA, the law n.º 13.146/2015 came to extirpate of the Brazilian law the absolute incapacity due to physical or mental disability. Such innovation is intended for the realization of human rights of persons with special needs, since in the context of legal relations become considered priority their expressions of will. However, despite having no doubt humanist hue, the Statute has generated incisive discussions in national legal and political scenario that reveal receptions contrary to the new regulation on the grounds that it destroys the protective character of civil law. This study therefore aims from bibliographic and legislative research, present the main inserts derived from the new legislation in Brazil's theory of inabilities and analyze the remarkable legal implications of the new rules to the civil, notarial and registral brazilian laws.

**Keywords:** Impairments; Human rights; Innovation; Notarial and registral right.

## 1. Introdução

Quando o tema é Direitos Humanos três aspectos são recorrentes: fundamentos, garantias e efetividade. Entretanto, à discussão de quaisquer desses aspectos interessa sempre rememorar: o que são Direitos Humanos?

Em *A Era dos Direitos*, Norberto Bobbio<sup>1</sup> os conceitua como “(...) aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”. Ocorre que o inverso do despojo é a efetivação.

Considerada a quintessência dos debates político-jurídicos contemporâneos, a efetivação universal dos direitos humanos exige a possibilidade concreta do exercício de tais direitos, independentemente de quaisquer distinções individuais de ordem física, mental ou sensorial.

De tal modo, quando se trata de garantir direitos fundamentais às pessoas com deficiência, é essencial que o ordenamento jurídico esteja equilibrado entre os valores da proporcionalidade na proteção das vulnerabilidades e da garantia de liberdade para a autodeterminação.

## 2. Breves notas sobre o direito das pessoas portadoras de deficiência no Brasil antes da Lei n.º 13.146/2015

O regramento legal dos direitos das pessoas portadoras de deficiência no Brasil sempre se autoproclamou como de índole essencialmente protetiva. O discurso do amparo aos vulneráveis estabeleceu no ordenamento jurídico pátrio desde 1916, ano de promulgação do primeiro Código Civil tupiniquim<sup>2</sup>, verdadeiro rompimento entre o *modus operandi* regulatório dos direitos dos portadores e não portadores de deficiência. Tal ruptura é facilmente perceptível pela análise das redações legislativas revogadas.

O primeiro Código Civil pátrio fora disciplinado pela Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916 e sobre a capacidade determinava:

Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I. Os menores de dezesseis anos.
- II. Os loucos de todo o gênero.
- III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.
- IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

---

<sup>1</sup>Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

<sup>2</sup>Nomenclatura utilizada coloquialmente na língua portuguesa como sinônimo de “brasileiro”.

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

- I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).
- II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
- III. Os pródigos.
- IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.

A Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002 instituiu o novo código civilista nacional, que sobre capacidade jurídica inicialmente estabeleceu:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I – os menores de dezesseis anos;
- II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Observa-se, portanto, que o enquadramento dos indivíduos com deficiência era realizado em ordens absolutas de capacidade ou incapacidade. Em outras palavras, a categorização como incapaz espoliava o deficiente para os atos da vida civil considerados em sua generalidade.

Assim, o incapaz via serem suplantados espaços de autodeterminação, sendo substituído por um novo ator social: o representante legal, curador ou assistente. O Judiciário sobrepujava assim a autonomia de vontade do incapaz que tinha, mediante sentença, a sua voz silenciada.

A definição do grau de capacidade era o ponto de partida para a verificação das disposições civilistas aplicáveis à curatela (aos absolutamente incapazes) ou à

assistência (aos relativamente incapazes), bem como de outras normativas, a exemplo das referentes ao casamento, às disposições sucessórias e às práticas contratuais.

Não se pode negar o caráter louvável da ideologia protetiva fundamentada na igualdade material, que conforme lição de Luiz Alberto David Araújo<sup>3</sup> consiste no “tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade”. Contudo tal proteção, nos termos das legislações supracitadas, passou a apresentar descompassos com as tendências neoconstitucionalistas de proporcionalidade e promoção da dignidade da pessoa humana ascendentes no novo modelo de Estado Democrático de Direito brasileiro.

O processo de superação do paradigma ora apresentado recentemente atingiu seu ápice com a promulgação da Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015, que representou a inserção de profundas alterações no então vigente regime brasileiro das incapacidades, com especiais repercussões no âmbito do direito civil, notarial e registral como será exposto adiante.

### **3. As alterações inseridas no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei n.º 13.146/2015**

O Estatuto ou Lei de Inclusão das pessoas portadoras de deficiência revogou disposições do Código Civil brasileiro, reduzindo as anteriores hipóteses de incapacidade do art. 3º do Código civilista brasileiro a uma: a menoridade. Significa dizer que somente aos menores de 16 anos de idade é conferida a qualidade de “absolutamente incapazes”, sendo a estes, portanto, impossibilitada por lei a prática de quaisquer atos da vida civil sem o auxílio de terceiros que os representem.

Assim, a mudança legislativa afetou precipuamente aos portadores de deficiência e tem sido objeto de debates jurídicos enérgicos favoráveis e contrários às novas disposições.

Na esteira da censura às inovações, Bruno de Ávila Borgarelli e Vitor Frederico Kümpel<sup>4</sup> explicam:

Daí concluir-se que, se um ordenamento passa a considerar tais pessoas plenamente capazes, conferindo-lhes apenas algumas medidas de apoio (...) está simplesmente a forçar

---

<sup>3</sup>David Araújo, Luiz Alberto. *Direito constitucional: princípio da isonomia e a constatação da discriminação positiva*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>4</sup>Ávila Borgarelli, Bruno; Kümpel, Vitor Frederico. “A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes”. *Migalhas*, 12 de agosto de 2015. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos> [29 julho 2016].

um pareamento formal. Na vida prática o sujeito continua necessitando de uma lei que o ampare e o iguale aos demais. E, para isso, é preciso reconhecer a desigualdade inicial de condições. Sem isso a lei não incide, a proteção não chega e o indivíduo fica desguarnecido.

Ocorre que deficiência não é sinônimo de incapacidade plena. A análise da nova teoria das incapacidades encontra profundo impasse essencialmente com as deficiências de natureza cognitiva, porque é a manifestação de vontade elemento basilar da validade e eficácia das relações jurídicas.

As alterações inseridas pelo Estatuto são inspiradas por modelos normativos anteriores, a saber: a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 5 de outubro de 1988, com as devidas alterações inseridas pela Emenda Constitucional de n.º 45 (EC 45), de 30 de dezembro de 2004, e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (CDPD), assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, e ratificados pelo ordenamento jurídico pátrio através do Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Conforme texto expresso da Carta Magna, a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa do Brasil, sendo a sua universalidade desenvolvida por André de Carvalho Ramos<sup>5</sup> como “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência.”.

A força normativa da disposição constitucional impõe ao Estado brasileiro um atuar pautado para a promoção da dignidade em todas as esferas de poder e a toda a coletividade, sem distinções.

A Emenda Constitucional n.º 45/ 2004 inseriu no art. 5º da Constituição de 1988 o parágrafo 3º que traz a equivalência em relação às emendas constitucionais dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Atualmente, o único documento internacional ratificado pela ordem nacional conforme o *quorum* supracitado é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Significa dizer que, sob o prisma

---

<sup>5</sup>Carvalho Ramos, André. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

da pirâmide hierárquica normativa de Hans Kelsen<sup>6</sup> tal Convenção possui no ordenamento jurídico pátrio patamar equivalente às emendas constitucionais.

Criou-se, portanto, a partir de 2009, com o Decreto n.º 6.949, uma situação de incongruência axiológica, porque apesar da evolução do pensar quanto aos direitos das pessoas com deficiência promovida pelas normas supramencionadas, o Código civilista brasileiro sustentou o modelo protetor-inibitório esquadrinhado desde 1916.

Assim, inspirada nas diretrizes normativas em comento, a Lei de inclusão dos portadores de deficiência veio atualizar o ordenamento jurídico pátrio atendendo a anseios humanistas por uma legislação propulsora de maior autonomia aos deficientes.

A atual redação sobre capacidade jurídica do Código Civil de 2002, inserida com o advento do novo Estatuto, passa a ser a seguinte:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

A nova teoria das incapacidades apresenta um incipiente viés: o protetivo-emancipatório. Explica-se. A ideia de igualdade material continua válida, visto persistir a necessidade de amparo às vulnerabilidades físicas, mentais ou sensoriais, contudo, é agora aprofundada, na medida em que supera a generalização do molde anterior em prol da adequação do tratamento legal à ampla heterogeneidade de deficiências, cujas peculiaridades podem anular ou não a autonomia individual.

É que a aferição da incapacidade não está restrita à mera constatação de características individuais (leia-se: deficiências), mas, sim, deve considerar pormenorizadamente se, a despeito destas, o sujeito possui ou não independência para a realização das próprias escolhas.

As inovações legislativas visam assim resguardar de maneira mais eficiente os direitos das pessoas com deficiência, permitindo que a estes seja oferecido espaço na

---

<sup>6</sup>Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

sociedade para o exercício autônomo de vontades, ou seja, para a autodeterminação. Flávio Tartuce<sup>7</sup> explica a mudança:

Em suma, não existe mais, no sistema privado brasileiro, pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Como consequência, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil, pois os menores não são interditados. Todas as pessoas com deficiência, das quais tratava o comando anterior, passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade.

É preciso sempre reforçar que a igualdade entre portadores e não portadores de deficiência pretendida pela Lei n.º 13.146/2015 não anula a proteção estabelecida no anterior regramento das incapacidades. Isto porque não promove a paridade de “condições” entre tais sujeitos, que de fato inexistem. O próprio Estatuto reconhece a vulnerabilidade conforme redaciona o art. 2º:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Por conseguinte, a grande questão é visualizar que a igualdade promovida pela nova teoria das incapacidades é de “oportunidade”, ou seja, de garantia de acesso real a direitos fundamentais aos portadores de deficiência, buscando enfrentar a infeliz cultura de insinceridade normativa<sup>8</sup> estabelecida no Brasil.

O viés progressista da Lei n.º 13.146/2015 reside, portanto, em instaurar no direito brasileiro novo paradigma legislativo ao substituir um modelo programático obsoleto, por outro destinado a promover a efetiva inclusão social dos deficientes.

### **3.1. As implicações do novo regramento no Direito Civil brasileiro**

O código civilista pátrio fora diretamente alterado em diversas disposições normativas além das supracitadas. No que concerne à representação, as alterações são significativas.

---

<sup>7</sup>Tartuce, Flávio. “Alterações do código civil pela lei 13.146/2015 (estatuto da pessoa com deficiência): repercussões para o direito de família e confrontações com o novo cpc - parte I”. *Migalhas*, 29 de julho de 2015. <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com> [31 julho 2016].

<sup>8</sup>Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

A Curatela torna-se instituto de representatividade dos relativamente incapazes, de caráter extraordinário, não punitivo, somente imposta através de sentença judicial e com incidência apenas sobre direitos de natureza patrimonial e negocial, conforme redação do art. 85 da Lei n.º 13.146/2015. Sobre o papel assumido pelo curador com o advento do Estatuto, são oportunas as considerações de Sabrina Dourado<sup>9</sup>:

É função do curador zelar pela conquista da autonomia do curatelado. Prestigia-se, desta maneira, a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação. (...) A esfera personalíssima do incapacitado deve ser preservada, o máximo possível. (...) Não se pode admitir a substituição da vontade do curatelado pela vontade do curador.

Importante ressaltar ainda a inserção ao regramento das incapacidades trazida pela Lei n.º 13.146/2015 de um novo instituto: a Tomada de Decisão Apoiada (TDA). Oriunda do art. 12, ponto 3 da CDPD, a decisão apoiada é definida no art. 1.783-A do Código civilista de 2002 como:

(...) processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

A decisão apoiada simboliza claramente o fundamento valorativo marco do Estatuto: a promoção da independência dos portadores de deficiência. Referida promoção configura-se a partir do novo modelo de aferição das incapacidades, que passa a ser realizado a partir do trabalho de um conjunto multidisciplinar de profissionais para a verificação da abrangência e dos graus da vulnerabilidade de cada indivíduo para a fixação na sentença de curatela dos exatos termos da representação do incapaz.

Não subsiste, portanto, a generalização da incapacidade para todos os direitos do modelo anterior, limitando-se agora o curador ao amparo do deficiente curatelado durante a prática de atos negociais, sendo que ao exercício dos demais atos de cunho existencial aplicar-se-á o primado da autonomia.

No âmbito do direito de família importantes avanços no Código Civil de 2002 também decorreram da nova regulação das incapacidades, a saber: a) a revogação do inciso I do art. 1.548, que extinguiu como causa de nulidade o casamento do portador de enfermidade mental; b) a permissão do parágrafo 2º do art. 1.550 para que deficientes de qualquer natureza em idade núbil (a partir dos 16 anos de idade, conforme art. 1.517)

---

<sup>9</sup>Cunha, Maurício; Dourado, Sabrina e Figueiredo, Roberto. *Comentários ao novo código de processo civil*. Recife: Armador, 2015.

possam casar, manifestando diretamente a vontade; e c) a revogação do inciso IV do art. 1.557, que veio a excluir a ignorância sobre deficiência do rol dos erros essenciais sobre a pessoa do cônjuge, ressalvados os casos graves e transmissíveis que constituam risco à saúde familiar.

A Lei n.º 13.146/2015 possui ainda diversas outras normativas que determinam avanços expressivos para a independência dos deficientes em questões envolvendo exercício de direitos sexuais, planejamento familiar e filiação.

Importante salientar ainda as inovações quanto à prova dos atos jurídicos, em virtude da inclusão do parágrafo 2º no art. 228 do Código Civil com a previsão de que aos deficientes de qualquer natureza é possível testemunhar com o auxílio de tecnologias assistivas.

As conquistas trazidas às pessoas portadoras de deficiência pela Lei n.º 13.146/2015 em matéria de Direitos Humanos são significativas. Contudo, determinadas atecnias legislativas têm sido objeto de críticas ao novo projeto.

É que a nova regulação veio a mitigar determinados regramentos protetivos até então conferidos às pessoas com deficiência. Alguns exemplos demonstram claramente o fenômeno: a) a prescrição e decadência, que passam a fluir normalmente para todos excetuando-se os menores de 16 anos, b) a ausência de curadores ou apoiadores que agora somente torna anuláveis eventuais negócios jurídicos viciados, praticados em detrimento dos interesses dos deficientes, de modo que não cabe mais ao Ministério Público ou mesmo ao juiz, de ofício, alegar invalidade, e c) a verificação de imprecisões técnicas na regulação da Curatela, com a inclusão de alterações em dispositivos legais já revogados pelo novo Código de Processo Civil (CPC) brasileiro ou Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, situação que invariavelmente remete às lições de Francesco Carnelutti<sup>10</sup> sobre os riscos da superprodução legislativa ao equilíbrio da ordem jurídica.

Eventualmente podem ocorrer situações antinômicas, nas quais normas positivas sejam incoerentes entre si, assim a sua imperatividade pode na verdade desorientar o operador do Direito. No caso em comento, a vigência diferida da revogação estabelecida pelo novo CPC provavelmente relaciona-se à atecnia suscitada.

Sistematicamente, tais questões demonstram a falta de consistência do legislador nos casos mencionados que infelizmente permitiram a abertura de frestas em desfavor da segurança jurídica dos portadores de deficiência curatelados.

---

<sup>10</sup>Carnelutti, Francesco. *A Morte do direito*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

### 3.2. As implicações do novo regramento no Direito Notarial e Registral brasileiro

Considerando a complexa natureza das funções notarias e registrais no ordenamento jurídico brasileiro, é evidente que a Lei n.º 13.146/2015 enreda diretamente as atividades extrajudiciais.

Ao tratar da utilidade da função notarial, Luiz Guilherme Loureiro<sup>11</sup> leciona:

Além de colaborar para a evolução do Direito, a função notarial é relevante e útil para a prevenção de conflitos, para a estabilização das relações contratuais e ainda para a garantia dos direitos individuais. Em outras palavras, o notário é um profissional do Direito que exerce função de grande relevância para o particular e também uma função social inegável, como agente de justiça preventiva e, conseqüentemente, de paz social (...).

É imperativo da função notarial e registral, portanto, a prática cotidiana de diversos atos civis de natureza negocial, familiar, sucessória, dentre outros. No Brasil, referido serviço é responsável por conferir autenticidade e segurança às relações jurídicas praticadas sob o seu crivo, funcionando o notário ou registrador como terceiro imparcial responsável por orientar legalmente as partes envolvidas, zelando pelo cumprimento dos ditames legais, bem como visando equilíbrio e validade contratuais.

O art. 83 da Lei de Inclusão determinou no âmbito dos serviços notariais e registrais a vedação de práticas distintivas ou impeditivas de acesso pelos usuários deficientes: “Os serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices ou condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão de deficiência do solicitante, devendo reconhecer sua capacidade legal plena, garantida a acessibilidade.”.

Nos termos do parágrafo único do art. 83, o não cumprimento da diretiva em questão constitui prática discriminatória que pode inclusive ensejar responsabilização criminal nos termos do art. 88 da mesma lei que diz: “Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência.”.

Devem ser refutados quaisquer radicalismos que proclamem instituir-se com a nova legislação uma permissiva para que o notário ou registrador, em uma imprudente qualificação notarial ou registral, feche os olhos diante de eventuais ausências de autonomia de usuários, entendendo-se como autonomia a aptidão do indivíduo para ambicionar a prática de um ato civil, bem como conhecer e suportar os seus efeitos.

Não se pode olvidar serem atribuições da atividade notarial e registral a imparcialidade, a autenticidade e a segurança jurídica. De tal modo, havendo dúvida

---

<sup>11</sup>Loureiro, Luiz Guilherme. *Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

quanto à capacidade do indivíduo para a manifestação independente de vontade, ao notário ou registrador cauteloso compete realizar todas as diligências que entender necessárias em prol da justiça contratual e, eventualmente, da proteção do usuário contra si mesmo.

Referida cautela não configura, portanto, qualquer discriminação, pois o que subsiste é na verdade um ânimo protetivo-profilático na atuação do notário ou registrador que porventura obsta o acesso do usuário supostamente incapaz. Ademais, outro importante efeito decorrente dessa prática é justamente a sua função desjudicializante ao prevenir de eventuais lides oriundas de atos civis maculados por vícios de vontade.

Por fim, a interpretação das normativas supracitadas demanda a consideração do princípio penal da lesividade, do oposto permitir-se-ão eventuais consagrações de injustiças, conforme feliz lição de Thales Ferri Schoedl<sup>12</sup>:

(...) quando se consideram as circunstâncias do caso concreto, é possível que se reconheça a atipicidade material da conduta do agente quando verificada a intenção de proteger o incapaz, como no exemplo do tabelião de notas que se recusa a lavrar a escritura de união estável, na medida em que a subsunção de tal conduta ao crime de discriminação resultaria em manifesta inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da lesividade \_ em tal hipótese, o tabelião de notas age justamente no sentido de preservar o bem jurídico, ao recusar a lavratura do ato notarial, e não para produzir um lesão ou perigo de dano aos interesses da pessoa com deficiência, mesmo porque o art. 22 da Lei 8.935/94 determina, também imperativamente, que “os notários e oficiais de registro, temporários ou permanentes, responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, inclusive pelos relacionados a direitos e encargos trabalhistas, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos”, conferindo, portanto, legitimidade à sua conduta.

Cabe, portanto, ao notário ou registrador atuar na promoção de direitos dos portadores de deficiência, seja: a) recusando a prática de atos civis, sempre que considerados lesivos e havendo suspeita sobre a capacidade do usuário para compreender tal lesividade, ou b) na implantação de tecnologias assistivas dentre outras

---

<sup>12</sup>Ferri Schoedl, Thales. “Discriminação em razão de deficiência (art. 88 da Lei 13.146/15): análise da constitucionalidade do delito em face dos princípios da legalidade e lesividade, quando praticado por tabelião de notas no exercício da função”. Em Del Guércio Neto, Arthur; Barelli Del Guércio, Lucas (coord.). *O direito notarial e registral em artigos*. São Paulo: YK Editora, 2016, pp. 459-475.

práticas positivas garantes de acessibilidade aos serviços extrajudiciais pelos portadores de deficiência.

#### 4. Conclusão

Uma breve análise das inovações trazidas pela Lei n.º 13.146/2015 ao regramento das incapacidades no Brasil, demonstra a adoção de tendências contemporâneas para a afirmação de um direito civil constitucional, essencialmente influenciado pelos parâmetros de proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.

A efetiva inclusão social dos portadores de deficiência exige um esforço bilateral que permita: de um lado o “falar”, representando a concretização do acesso ao exercício de direitos fundamentais, e de outro o “ser ouvido”, ou seja, a aceitação pela sociedade de que às pessoas com necessidades especiais é, sim, possível arquetar o próprio destino.

O cunho vanguardista da Lei de Inclusão é louvável no que se refere à propulsão dos direitos de milhões de brasileiros com deficiência, avanço que não pode ser obscurecido por atecnias ou omissões normativas, urgindo, portanto, ao Poder legislativo brasileiro trabalhar para suprimir eventuais inconsistências redacionais e elaborar as regulamentações necessárias à plena eficácia do novo regramento.

#### Referências Bibliográficas

Ávila Borgarelli, Bruno; Kümpel, Vitor Frederico. “A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes”. *Migalhas*, 12 de agosto de 2015. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048A+destruicao+da+teoria+d+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos> [29 julho 2016].

Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Com as alterações adotadas até a Emenda Constitucional n.º 91 de 18 de fevereiro de 2016. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). [01 agosto 2016].

\_\_\_\_\_. *Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com

- Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). [25 julho 2016].
- \_\_\_\_\_. *Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). [02 agosto 2016].
- \_\_\_\_\_. *Lei n.º 10.146, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). [31 julho 2016].
- \_\_\_\_\_. *Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm). [27 julho 2016].
- Carnelutti, Francesco. *A Morte do direito*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- Carvalho Ramos, André. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- Cunha, Maurício; Dourado, Sabrina e Figueiredo, Roberto. *Comentários ao novo código de processo civil*. Recife: Armador, 2015.
- David Araújo, Luiz Alberto. *Direito constitucional: princípio da isonomia e a constatação da discriminação positiva*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- Ferri Schoedl, Thales. “Discriminação em razão de deficiência (art. 88 da Lei 13.146/15): análise da constitucionalidade do delito em face dos princípios da legalidade e lesividade, quando praticado por tabelião de notas no exercício da função”. Em Del Guércio Neto, Arthur; Barelli Del Guércio, Lucas (coords.). *O direito notarial e registral em artigos*. São Paulo: YK Editora, 2016, pp. 459-475.
- Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- Loureiro, Luiz Guilherme. *Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- Tartuce, Flavio. “Alterações do código civil pela lei 13.146/2015 (estatuto da pessoa com deficiência): repercussões para o direito de família e confrontações com o novo cpc - parte I”. *Migalhas*, 29 de julho de 2015. <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048Alteracaoe+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. [31 julho 2016].



# **PENSANDO PADRÕES EPISTEMICOS IMPOSTOS AOS DIREITOS HUMANOS: PESSOAS COM 'DEFICIÊNCIA' TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA**

## **THINKING PATTERNS EPISTEMIC TAXES FOR HUMAN RIGHTS: PEOPLE WITH 'DISABILITY' AUTISTIC SPECTRUM DISORDER**

Inajara Piedade da Silva  
*Instituto Federal do Rio Grande do Sul - IFRS*

**Resumo:** O presente artigo tem o objetivo de discutir o Transtorno do Espectro Autista envolvendo o campo jurídico e como a epistemologia pode ajudar a entender as pessoas com deficiência. O trabalho pretende deixar ao leitor a reflexão sobre o assunto e uma certeza do avanço da legislação brasileira no tema abordado.

**Palavras chave:** Autismo; Direitos Humanos; Inclusão; Deficiência; Legislação.

**Abstract:** This article aims to discuss the Autism Spectrum Disorder (ASD) addressing the legal issues and how epistemology can help understand people with disabilities. The work intends to leave the reader to reflect on the subject and also leave a certainty of the advancement of the Brazilian Law regarding the well living of people with ASD.

**Keywords:** Autism; Human rights; Inclusion; Deficiency; Legislation.

“Não basta que todos sejam iguais perante a lei.  
É preciso que a lei seja igual perante todos”.

“It is not enough that everyone is equal before the law.  
It is necessary that the law is equal before everyone.”  
*Salvador Allende*

### **1. Introdução**

O interesse em discorrer sobre o tema pessoas com deficiência surge da pretensão e ousadia de alguma forma divulgar e contribuir para melhor entendimento sobre o assunto, cuja discussão e surgimento de debates e legislações vêm a cada dia se tornando mais frequentes.

Pessoas com algum tipo de deficiência sempre existiram. Tais imperfeições são de toda ordem, e por isso mesmo não são maiorias na sociedade. Como as sociedades primam

pelos iguais, pelas maiorias; aqueles considerados diferentes, as minorias são excluídas do convívio social.

O tema ‘deficiência’ não é tema novo, porém vem crescendo o debate, diante de nossa realidade social, merecendo tratamento legislativo diferenciado. O que se pode afirmar é que há pouco tempo o legislador começou a se preocupar em estabelecer regras a respeito. Em janeiro de 2016 entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 13.146, publicada em 07 de julho de 2015, que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Antes disso, em 27 de dezembro de 2012 as pessoas com Transtorno do Espectro Autista – TEA passaram a contar com alguma proteção legal, por intermédio da Lei nº 12.764, carecedora ainda de regulamentação em diversos pontos.

Mesmo assim, o caminho ainda é longo, pois a legislação brasileira protetiva específica não é um fim em si mesma, necessário se faz a sua aplicabilidade e conscientização da sociedade.

Deve-se atentar para o fato que a existência de legislação não é sinônimo de garantia de respeito e inclusão na sociedade. A legislação é essencial, principalmente para que as pessoas com deficiência<sup>1</sup> possam exigir essa inclusão, mas são as pessoas que compõe a sociedade é que tornam a vida daqueles que possuem uma deficiência menos ou mais penosa.

A legislação pode garantir as pessoas com deficiência o direito à saúde, à educação, ao emprego, a cultura etc., mas é a sociedade quem pode tornar o local onde essa minoria estuda, trabalha ou se diverte, realmente agradável e normal. Em uma rápida reflexão as pessoas não estão preparadas para as deficiências. A começar pelos próprios pais, que esperam uma criança e muitas vezes rejeitam aquelas que nascem fora dos padrões esperado por eles. E mesmo aqueles que aceitam passam por um período de luto, perfeitamente justificável psicologicamente.

Fora da família a recusa é ainda maior, mesmo aqueles que não pretendem rejeitar não conseguem, muitas vezes, tratar uma pessoa com deficiência de forma corriqueira. Em uma conversação entre uma pessoa com uma deficiência física e outra sem qualquer

---

<sup>1</sup> Existe na doutrina uma discussão terminológica quanto a forma de se referir aquele que possui deficiência. As nomenclaturas trazidas podem salientar a incapacidade ou a própria pessoa, alguns exemplos: excepcional, inválido, indivíduo de capacidade limitada, pessoa portadora de deficiência, deficiente. Atualmente utiliza-se a expressão pessoa com deficiência, a qual foi adotada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

característica atípica, por exemplo, o mínimo que se verifica é a falta de naturalidade da pessoa dita típica. Isso quando não trata aquele que possui uma deficiência física como alguém que não possui capacidade mental.

Quando se trata de minorias, deve-se ter em mente que minorias nem sempre pode ser conceituada como inferioridade numérica.

Portanto, as minorias sejam por inferioridade numérica ou por subordinação sempre enfrentaram preconceitos. Alguns grupos como as mulheres, os homossexuais, os negros, já foram ou ainda são deixados à margem da sociedade, e para que essa exclusão possa ser atenuada até ser banida da sociedade criaram-se mecanismos legais para inclusão. E esses recursos têm gerado resultados significativos. A mulher casada, por exemplo, que até 1962<sup>2</sup> era considerada relativamente incapaz, atualmente esta no mercado de trabalho em todas as linhas, como operadora e chefe.

Ao analisar os demais grupos tais como os homossexuais e os negros, também se chega à conclusão que muito já se evoluiu. O preconceito para com esses grupos cada vez mais vem se atenuando e a normalidade no tratamento é cada vez maior. Esse é o objetivo que se pretende um dia atingir no tratamento da pessoa com deficiência.

Para a inclusão ocorrer todos precisam agir, um passo importante é expor aquele que possui algum tipo de deficiência, no sentido de vivência, aprendizado, para que não fiquem 'presas' em casa. É essencial que sejam inseridos no meio, e isso requer que saiam de casa. Para por em prática essa vivência, por exemplo, é necessário acessibilidade, inclusão escolar, acesso a espetáculos, cinemas e teatros, enfim nas diversas esferas da vida a qual todos possuem direito. Surge então, o auxílio de políticas públicas, num primeiro momento, para efetivar a inclusão.

Ao falar de pessoas com deficiência TEA – Transtorno do Espectro Autista no título do artigo, a palavra deficiência vem grifada, pois uma das propostas do presente artigo é provocar o pensar sobre a diversidade neurológica e a inclusão das pessoas diagnosticadas com TEA como deficientes. Essa deficiência não pode ser colocada de

---

<sup>2</sup> O ano refere-se a entrada em vigor do Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, que modificou o Código Civil da época, o qual considerava a mulher casada relativamente incapaz.

forma a excluir da sociedade, a rotular e empacotar como incapaz. Essa deficiência deve ser colocada como protetiva<sup>3</sup>.

Aliás o Estatuto da Pessoa com Deficiência corrigiu o Código Civil Brasileiro ao retirar do rol dos incapazes as pessoas com deficiência.

O presidente da Autistic Self Advocacy Network (ASAN), com sede em Washington (EUA), e membro do Conselho Nacional dos Estados Unidos sobre Deficiência, Ari Ne'eman, discorreu acertadamente sobre a forma como a diversidade neurológica deve ser vista em nossa sociedade, diz ele: “Precisamos ver a diversidade neurológica da mesma forma como vimos, no passado, os esforços para a diversidade no local de trabalho, com base em raça, gênero e orientação sexual”. Informa em seu artigo: “Autistas encontram espaço no mercado de trabalho corporativo”, ao portal iG Kate Kelland<sup>4</sup>.

Um dos pontos que é necessário pensar e explorar é a preparação para a vida adulta da pessoa com deficiência. A declaração de Salamanca prevê, *in verbis*:

#### Preparação para a Vida Adulta

55. Jovens, com necessidades educacionais especiais, deverão ser auxiliados no sentido de realizarem uma transição efetiva da escola para o trabalho. Escolas deverão ajudá-los a se tornar economicamente ativos e provê-los com as habilidades necessárias ao cotidiano da vida, oferecendo treinamento em habilidades que correspondam às demandas sociais e de comunicação, e às expectativas da vida adulta. Isto implica em tecnologias adequadas de treinamento, incluindo experiências diretas em situações da vida real, fora da escola. O currículo para estudantes mais maduros e com necessidades educacionais especiais deverá incluir programas específicos de transição, apoio de entrada para a educação superior, sempre que possível, e subsequente capacitação profissional, que os prepare a funcionar independentemente enquanto membros contribuintes em suas comunidades, após o término da escolarização. Tais atividades deverão ser executadas com o envolvimento ativo de conselheiros vocacionais, oficinas de trabalho, associações de profissionais, autoridades locais e seus respectivos serviços e agências.

---

<sup>3</sup> A Lei Maria Berenice Piana, Lei nº 12.764/2012, incluiu a pessoa autista como deficiente no objetivo de propiciar igualdade de proteção e eliminar qualquer forma de discriminação.

<sup>4</sup> Kelland, Kate. Autistas encontram espaço no mercado de trabalho corporativo. Internet Group – iG: portal de notícias. [em linha]. <<http://saude.ig.com.br/minhasaude/2013-06-12/autistas-encontram-espaco-no-mercado-de-trabalho-corporativo.html>> [05 abril 2016].

## 2. Padrões Epistêmicos e os Direitos Humanos

Ao tratar sobre os padrões epistêmicos devemos atentar para como são eles impostos aos direitos humanos, buscando um olhar para as pessoas com deficiência do tipo TEA e como tais padrões podem ser pensados e tratados na prática.

A epistemologia está ligada à reflexão. E a epistemologia jurídica trata o ser humano de forma singular. A partir dessa afirmação, como chegamos a padrões epistêmicos? A distorção do conhecimento rotulado faz com que surja a necessidade de pensar tais padrões para discuti-los e aplicá-los na prática de forma melhorada.

Esse rótulo do conhecimento, que alguns julgam possuir, excluindo tantos outros, aparece claramente nas pessoas com deficiência. Pessoa com deficiência são muitas vezes tratadas como incapazes, não se esperando muito delas ou então esperando mais do que a normalidade. Assim, coloca-se a pessoa com deficiência como um “nada”, um fardo a ser carregado ou como um ser angelical, que está afastado de características inferiores (mau-caráter, pessoa inescrupulosa, egoísmo etc.).

Muitos são os pontos que na prática precisam ser debatidos e combatidos quando o assunto é a deficiência. Um deles é a dificuldade de inclusão no mercado de trabalho.

Portanto, é necessário provocar o pensar para o descortinamento dos elementos impeditivos para a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, especificamente TEA.

E neste contexto, de uma forma simplista é possível verificar pessoas com TEA em basicamente três ‘categorias’. Algumas pessoas possuem um autismo severo, outras a síndrome está em um grau mais brando e por fim existem pessoas que beiram a genialidade.

Não parece lógico que a pessoa com Transtorno do Espectro Autista não tenha aproveitamento no mercado de trabalho e assim se torne produtiva. Restringir a inclusão no mercado de trabalho é além de um fato econômico nada inteligente, também o é psicológico que atinge a própria sociedade.

Todo e qualquer cidadão incluído e saudável psicologicamente, se torna produtivo para a sociedade. Desde os primórdios, a busca pela felicidade faz parte da raça humana. O professor e doutrinador Eduardo C. B. Bittar relata que:

Na sondagem daquele que considera como sendo o sumo bem, ou seja, o bem bastante por si só, Aristóteles refuta as opiniões comuns que sustentavam ser a riqueza, o prazer ou a

honra os bens de maior valor para o homem, subordinando suas existências a uma razão de ser mais importante para o ser: a felicidade... Aquilo que é próprio do homem, e que o distingue dos demais seres, é o que há de representar o que de mais alto ele possui: a racionalidade. Uma vida de acordo com a razão é a verdadeira vida humana, única responsável pela capacitação humana de alcance da felicidade que corresponde à natureza própria do ser pensante<sup>5</sup>.

Seguindo a linha de pensamento de Aristóteles, a luta travada pela raça humana para atingir a felicidade e satisfação de suas necessidades, vem obtendo êxito no campo jurídico. É possível citar conquistas adquiridas por legislações mais amplas e extensivas que abrigam direitos fundamentais, sociais e trabalhistas.

A professora Regina Quaresma ao tratar em seu livro sobre Participação Política, Cidadania e Inclusão Social expõe de forma brilhante sobre a cidadania. Resumidamente a autora preleciona que a cidadania leva tempo para se firmar e depende de doação, do envolvimento e do compromisso de todos. Mas para que a cidadania nasça é necessário que existam elementos que permitam seu surgimento. Diz a autora: “A cidadania é como um broto, que tem uma longa jornada a percorrer até virar árvore”. Afirma ainda, que o Estado democrático não mais se sustenta sem ter como centro a Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Humanos, e a cidadania está nessa conscientização. Como então exercer esta cidadania ativa e responsabilmente? A autora responde: “(...) com educação, informação, conscientização e solidariedade (...)”<sup>6</sup>.

Quando temos uma população educada e informada, a conscientização brota por ser da essência do homem, e com isso pretende-se gerar a solidariedade. Ainda citando a professora Regina Quaresma: “Não temos o direito de sermos omissos. Nada é pior que a omissão, que traz o vazio e a impotência!”<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Bittar, Eduardo C. B. A Justiça em Aristóteles. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 68 e 69.

<sup>6</sup> Quaresma, Regina. “Participação política, cidadania e inclusão social”. In: Quaresma, Regina; Oliveira, Maria Lúcia (Org.). *Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.130.

<sup>7</sup> Quaresma. Ob cit. p. 137.

### 3. Transtorno do Espectro Autista – TEA e o Direito

A comunidade acadêmica, principalmente na área do direito, é bastante pobre sobre o assunto, espectro autista, que é um transtorno global do desenvolvimento. Em geral a população desconhece o assunto. Mesmo com a estimativa da Organização das Nações Unidas – ONU, de que cerca de 70 milhões de pessoas no mundo são acometidas pelo transtorno. Estudos demonstram que o autismo é mais comum que o câncer infantil, a diabetes e a AIDS<sup>8</sup>. No Brasil não há uma pesquisa oficial que aponte dados sobre a população acometida pelo TEA. Em censo realizado em 2000, pela primeira vez, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, divulgou que havia 24,5 milhões de brasileiros com deficiência, o que representa 14,5% da população brasileira<sup>9</sup>.

Quando se busca conhecer melhor o que significa autismo, quais as conseqüências jurídicas na vida cotidiana de quem é portador de tal síndrome, se a elas é conferida uma proteção especial. Deparamo-nos com um vazio. A legislação é pobre, a doutrina é modesta, as pesquisas escassas.

A Lei nº 12.764 de 2012, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, já citada, foi um marco, um avanço para a sociedade, em especial para aqueles que estão proximamente envolvidos com o espectro. Entretanto, muito há que ser feito.

A pesquisa nessa área é essencial para melhorar a vida das pessoas com o espectro e de seus familiares. A carência atual no campo jurídico produz o que julgamos tratar da “*dolentia* do avestruz”<sup>10</sup>. Pregamos por explicar que quando a sociedade apesar de possuir conhecimento, mesmo que superficial, do problema se furta de tratar do assunto, no intuito de que o problema se extinga sem que ela precise tratá-la, surge uma patologia. A sociedade adocece.

Portanto, toda e qualquer pesquisa, seja em que área for que vise esclarecer ou resolver um problema, é bem vinda quando se trata do espectro de autismo, diante da

---

<sup>8</sup> Silva, Ana Beatriz Barbosa...[et al.]. *Mundo singular: entenda o autismo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 11.

<sup>9</sup> Costa Filho, Waldir Macieira da. A pessoa com deficiência no contexto das relações de consumo: tutela jurídica decorrente do Código de Defesa do Consumidor. In: Ferraz, Carolina Valença...[et al.]. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 398.

<sup>10</sup> O termo “*dolentia* do avestruz” surgiu pelo fato do avestruz colocar sua cabeça em um buraco, deixando de fora o restante do corpo. Fazendo um comparativo, quando a sociedade esconde a cabeça, no sentido de pensar, está agindo da mesma forma que o avestruz.

carência já apontada. Convenções, Declarações Internacionais e Leis nacionais procuram estimular a pesquisa nessa área.

O inciso VII do art. 2º da Lei nº 12.764/2012 estabelece como diretriz da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista o estímulo à pesquisa científica.

Art. 2º São diretrizes da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista:

(...)

VIII - o estímulo à pesquisa científica, com prioridade para estudos epidemiológicos tendentes a dimensionar a magnitude e as características do problema relativo ao transtorno do espectro autista no País.

A Declaração de Salamanca foi um documento elaborado no período de 07 a 10 de junho de 1994, em Salamanca, na Espanha, pela Conferência Mundial sobre Necessidades Educacionais Especiais, sob o patrocínio da UNESCO e do Ministério da Educação e Ciência da Espanha. O qual o Brasil estabeleceu compromisso através do Decreto nº 3.298/99. O objetivo fundamental da Declaração de Salamanca é a inclusão escolar das crianças com deficiências<sup>11</sup>. Para isso estimula também outras vertentes, entre elas o estímulo à comunidade acadêmica no sentido de fortalecer a pesquisa, *in verbis*:

4. Nós também congregamos a comunidade internacional; em particular, nós congregamos: - governos com programas de cooperação internacional, agências financiadoras internacionais, especialmente as responsáveis pela Conferência Mundial em Educação para Todos, UNESCO, UNICEF, UNDP e o Banco Mundial:

(...)

- a estimular a comunidade acadêmica no sentido de fortalecer pesquisa, redes de trabalho e o estabelecimento de centros regionais de informação e documentação e da mesma forma, a servir de exemplo em tais atividades e na disseminação dos resultados específicos e dos progressos alcançados em cada país no sentido de realizar o que almeja a presente Declaração.

---

<sup>11</sup> MEC. *Saberes e práticas de inclusão: recomendações para a construção de escolas inclusivas*. Brasília: MEC, Secretaria de Educação Especial, 2006. [em linha].

<[http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/const\\_escolasinclusivas.pdf](http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/const_escolasinclusivas.pdf)> [05 setembro 2016].

O Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009, promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Referida Convenção também fomenta a pesquisa para assegurar os direitos humanos e liberdades fundamentais a pessoa com deficiência, coibindo assim o preconceito.

Artigo 4º Obrigações gerais

1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:

(...)

g) **Realizar ou promover a pesquisa** e o desenvolvimento, bem como a disponibilidade e o emprego de novas tecnologias, inclusive as tecnologias da informação e comunicação, ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, adequados a pessoas com deficiência, dando prioridade a tecnologias de custo acessível; (grifo nosso).

A conscientização social sobre o que significa o espectro autista fomenta o respeito pelo portador da síndrome. Um autista pode ser tão ou mais eficaz na sociedade quanto qualquer outra pessoa. É iminente descortinar conceitos pré-estabelecidos que rotulem e impeçam o crescimento social e pessoal. E assim conquistar a efetiva e sonhada inclusão do indivíduo.

#### 4. Conclusão

O breve estudo aqui realizado, pretende despertar o debate sobre as pessoas com deficiência, em especial as que possuem TEA. E quem sabe, sem utopias, lapidar a sociedade quando se trata do tema. A importância das pesquisas, da inclusão social e de como a sociedade necessitam quebrar padrões epistemológicos em relação as pessoas com deficiência precisam ser bravamente discutidas e aplicadas.

Rudolf Von Ihering afirma que “A luta pelo direito é a poesia do caráter”<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Ihering, Rudolf Von. “A luta pelo direito. Tradução J. Cretella Jr. E Agnes Cretella”. *São Paulo Revista dos Tribunais*. p. 58.

Diariamente estamos em busca deste caráter lutador, para que as soluções dos problemas atendam cada vez mais aos interesses humanistas.

Os avanços que a sociedade brasileira já alcançou, principalmente com a edição da Constituição Federativa do Brasil de 1988, foram produto de uma luta coletiva que pintou o cenário atual que estamos.

No atual momento estamos pintando o quadro da inclusão social e citando William Clemente Stone, autor de livros e filantropo, “O que a mente do homem pode conceber, ele pode alcançar”. Que esse sentimento de inclusão social seja coletivo. Juntos somos mais fortes!

### **Referências Bibliográficas**

- Araújo, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. [em linha]. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011. <<http://www.mprs.mp.br/dirhum/doutrina/id248.htm>> [05 setembro 2016].
- Baptista, Cláudio Roberto; BOSA, Cleonice. *Autismo e Educação: reflexões e propostas de intervenção*. Porto Alegre: Artmed, 2002.
- Bolonhini Junior, Roberto. *Portadores de necessidades: as principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2010.
- Brasil. *Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015*. [em linha]. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/113146cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/113146cons.htm)> [06 junho 2016].
- *Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012*. [em linha]. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2012/lei/112764.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/112764.htm)> [16 junho 2016].
-

- *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. [em linha]. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)> [06 junho 2016].
- Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Diretrizes de atenção à reabilitação da pessoa com transtornos do espectro do autismo*. Brasília: Ministério da Saúde, 2013.
- Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Convenção americana sobre os direitos humanos* [em linha]: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. <[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm)> [05 setembro 2016].
- Ferraz, Carolina Valença...[et al.]. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- Ihering, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- Gil, Marta e outros. *O que as empresas podem fazer pela inclusão das pessoas com deficiência*. São Paulo: Instituto Ethos, 2002.
- Margall, Gonçalo. *Educação 3.0 coloca o aluno no centro do processo de aprendizagem*. [em linha]. <<http://overbr.com.br/educacao-3-0-coloca-o-aluno-no-centro-do-processo-de-aprendizagem/print/>> [30 outubro 2015].
- MEC. *Saberes e práticas de inclusão: recomendações para a construção de escolas inclusivas*. [em linha]. Brasília: MEC, Secretaria de Educação Especial, 2006. <[http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/const\\_escolasinclusivas.pdf](http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/const_escolasinclusivas.pdf)> [05 setembro 2016].
- Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- Moraes, Guilherme Pena de. *Curso de direito constitucional*. Niterói: Impetus, 2008.
- Organização das Nações Unidas (ONU). *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*. [em linha]. Nova York, 2007. <<http://www.un.org/disabilities/documents/natl/portugal-c.doc>> [04 junho 2016].

- Quaresma, Regina. “Participação política, cidadania e inclusão social”. In: Quaresma, Regina; Oliveira, Maria Lúcia (Org.). *Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.129-137.
- Santos, Boaventura de Sousa (2009). *Direitos humanos: o desafio da interculturalidade*. Revista Direitos Humanos, 2009, p. 10-18.
- Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.
- Silva, Ana Beatriz Barbosa...[et al.]. *Mundo singular: entenda o autismo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- Silva, De Plácido E. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- Slaibi Filho, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *Declaração de Salamanca sobre princípios, política e práticas na área das necessidades educativas especiais 1994*. [em linha]. Paris, 1998. <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139394por.pdf>> [04 outubro 2015].
- Kelland, Kate. *Autistas encontram espaço no mercado de trabalho corporativo*. [em linha]. Internet Group – iG: portal de notícias. <<http://saude.ig.com.br/minhasaude/2013-06-12/autistas-encontram-espaco-no-mercado-de-trabalho-corporativo.html>> [05 abril 2016].
- Allan, Luciana Maria. *Educação 3.0: estamos prontos?* [em linha]. <<http://www.educacaoetecnologia.org.br/?p=5913>> [20 novembro 2015].

**OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E DOS IDOSOS.  
EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A CONSCIENTIZAÇÃO DOS DIREITOS  
DA CRIANÇA DE HOJE, ADULTO E IDOSO DO AMANHÃ**

**THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES AND ELDERLY.  
HISTORIC EVOLUTION AND AWARENESS OF TODAY'S CHILDREN'S  
RIGHTS, ADULT AND ELDERLY OF TOMORROW**

Rosangela Lieko Kato

*Instituto dos Direitos Humanos de Mato Grosso do Sul*

**Resumo:** O artigo apresenta a evolução histórica e os desafios atuais dos direitos humanos na esfera dos direitos das Crianças e dos Adolescentes, das Pessoas com Deficiência e dos Idosos, na perspectiva interdisciplinar e transnacional, posto que esses direitos surgem dos pactos internacionais, quais sejam: a Declaração e a Convenção e, posteriormente, no ordenamento jurídico interno, com a aprovação e sanção da legislação federal, entrando em vigor em todo território nacional através do seu Estatuto de direitos. O tema é fruto do desenvolvimento das aulas ministradas na disciplina Direitos Especiais na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado de Mato Grosso do Sul, Brasil, objetivando levar o conhecimento aos alunos sobre os direitos, na garantia e efetividade da aplicação da norma, para que essas pessoas - crianças, deficientes e idosos - em sua vulnerabilidade, sejam as protagonistas e que possam se defender com eficácia quando ocorrer abuso ou violação de seus direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. A conscientização pelos cidadãos, principalmente pelos jovens, de que os direitos das crianças de hoje, devem ser observados e colocados em prática, atendendo ao princípio da proteção integral, é o que leva à transformação da sociedade. Para que os direitos das pessoas com deficiência e das pessoas idosas sejam acolhidos de pronto, sem qualquer estigma ou obstáculo, é necessário desenvolver uma opinião crítica e sensata sobre esses Direitos Humanos na consolidação de suas práticas sociais. Se não cuidarmos das crianças de hoje, que tipo de sociedade teremos daqui a vinte, trinta anos, uma vez que decorrido o tempo, a criança de hoje será o adulto de amanhã e o idoso num futuro um pouco mais distante.

**Palavras chave:** Direitos Humanos, Crianças, Pessoas com Deficiência, Idosos, Vulnerabilidade.

**Abstract:** This article presents the historical evolution and current human rights challenges in the sphere of the rights of Children and Adolescents, of Persons with Disabilities and the Elderly in interdisciplinary and transnational perspective, since such rights arise from international agreements, which are: declaration and the Convention and subsequently the domestic legal order, with the approval and enactment of federal legislation came into force throughout the country through its rights status. The theme is the result of the development of classes taught in Special Drawing Rights course at the Faculdade de Direito of the Universidade Federal do Estado Mato Grosso do Sul, Brazil, aiming to bring knowledge to the students about the rights, security and effectiveness of application of the standard for -Children these people, disabled and elderly- in their vulnerability, are the protagonists and they can defend themselves effectively when there is abuse or violation of their fundamental rights constitutionally guaranteed. The awareness of citizens, especially the young, that the rights of children today, must be observed and put into practice, given the principle of full protection, is what leads to the transformation of society. So that the rights of persons with disabilities and the elderly are received promptly, without any stigma or obstacle, it is necessary to develop a critical and sensible opinion on these Human Rights in consolidating their social practices. If you do

not take care of children today, what kind of society we will have in twenty, thirty years, since the elapsed time, today's children will be the adults of tomorrow and the elderly in the future a little farther.

**Keywords:** Human Rights, Children, Disabled people, Elderly, Vulnerability.

## 1. Introdução

A evolução histórica e os desafios atuais dos direitos humanos na esfera dos direitos das Crianças e dos Adolescentes, das Pessoas com Deficiência e dos Idosos, na perspectiva interdisciplinar e transnacional, temos que a alteração que deve ocorrer no âmbito da violação dos Direitos Humanos para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária e em respeito à diversidade, deve começar pela transformação da sociedade em que vivemos, o que implica em repassar ensinamentos, transmitir conhecimentos desde a tenra idade das pessoas que compõe a comunidade em que vivemos.

O compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas às outras e cada uma delas a todas, traduz o que é a solidariedade. Segundo Sarmiento<sup>1</sup> em seu artigo “As gerações dos direitos humanos e os desafios da efetividade”:

A solidariedade implica a aliança com o “nós” sem o rompimento do “eu”. Significa a superação dos interesses egoísticos por uma postura altruística, comprometida com o bem comum. Traduz a responsabilidade de cada indivíduo pelos destinos da sociedade. É a mais profunda manifestação do sentimento de pertença. Um dever imposto a todos pela ordem constitucional. Já a fraternidade tem conotação mais religiosa que jurídica, pois a caridade se manifesta como uma virtude que eleva moralmente o indivíduo através da ajuda aos menos favorecidos, mas não constitui uma obrigação imposta pela lei.

Entende, ainda, que os direitos difusos e coletivos como a principal manifestação do princípio da solidariedade<sup>2</sup>:

Sua concretização é responsabilidade do Estado e da sociedade. Possuem dois pontos em comum: a transindividualidade e a indivisibilidade. São transindividuais porque só podem ser exigidos em ações coletivas e não individuais, pois o seu exercício está condicionado à existência de um grupo determinado ou indeterminado de pessoas; são indivisíveis porque não podem ser fracionados entre os titulares. Não há como apartar

---

<sup>1</sup> Sarmiento, George. *As gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade* in Educação em Direitos Humanos: Diálogos interdisciplinares / (Org.) Mara Rejane Alves Nunes Ribeiro; Getulio Couto Ribeiro – EDUFAL: Editora Universitária Alagoas, 2012, pp. 119.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 119.

a fatia de cada um. A satisfação de seus mandamentos beneficia indistintamente a todos. A violação é igualmente prejudicial à totalidade do agrupamento humano.

No que tange ao sistema jurídico, aduz<sup>3</sup>: “No sistema jurídico brasileiro, a solidariedade se desdobra em direito ambiental, direitos do consumidor, da criança, adolescente, idosos e portadores de deficiência, bem como a proteção dos bens que integram o patrimônio artístico, histórico, cultural, paisagístico, estético e turístico.”

Considera que a intervenção do Ministério Público é importante para impor ao poder público e à sociedade civil medidas concretas que assegurem a sua efetividade<sup>4</sup>: “A tutela dos direitos de solidariedade é uma das dimensões mais importantes da cidadania contemporânea, na medida em que promove a melhoria da qualidade de vida da população, assegurando-lhe meio ambiente equilibrado, serviços públicos eficientes, respeito à diversidade e proteção aos hipossuficientes”.

O exercício da convivência entre crianças, pessoas com deficiência e idosos pautado nos valores éticos e morais tem visibilidade e, como disse o mestre Paulo Freire, “o educando descobre-se como um construtor do mundo e da cultura”, pois a transformação no ambiente se dá com uma maior interação das relações humanas, com tolerância e fortalecimento das relações sociais e familiares.

## **2. Os Direitos Humanos e a conscientização dos direitos da criança de hoje, adulto e idoso do amanhã**

Os direitos humanos são faculdades de agir ou poderes de exigir atribuídos ao indivíduo para assegurar a dignidade humana nas dimensões da liberdade, igualdade e solidariedade. Nasceram na ordem jurídica supraestatal e são recepcionados nos países que se comprometeram a assegurá-los e garanti-los em suas Constituições.

No que tange a Declaração e a Convenção de Direitos, normas formam um conjunto tão importante que formam um ramo do Direito específico: o Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua inserção no ordenamento jurídico interno ocorre com a aprovação e sanção da legislação federal, entrando em vigor em todo território nacional através do seu Estatuto de direitos (das crianças e dos adolescentes, das pessoas com deficiência e dos idosos).

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 120.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 121.

A evolução da legislação do menor no Brasil passou por diversas fases até chegar ao tríplice sistema de garantias, sistema ideal de respeito a peculiar pessoa em desenvolvimento, com raízes fixadas pela Declaração Universal da Criança e do Adolescente, de 20 de novembro de 1959, bem como da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da Criança, documentos dos quais em muito colaboraram para elaboração da Doutrina da Proteção Integral, conforme assevera Saraiva<sup>5</sup>: “A Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, consagrando a Doutrina da Proteção Integral, se constitui no principal documento internacional de Direitos da Criança” e traz a seguinte conclusão<sup>6</sup>: “Possível se dizer que o Estatuto da Criança e do Adolescente é a versão Brasileira da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança [...]”

O Estatuto<sup>7</sup> também faz previsão da criação de um plano nacional da juventude com o objetivo de fortalecer a política pública para a juventude para cuidar desta faixa especial da população que carece de atenção no plano político.

Ishida<sup>8</sup> melhor explica a necessidade da implantação deste instituto:

Da mesma forma como ocorreu com a criança e com o adolescente, além de um microsistema legislativo, deverá existir também um plano nacional da juventude, criando mecanismos de fortalecimento dessa faixa etária que em 2010 atingiu quase a faixa de 50 milhões de pessoas.

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram firmados pelo Estado brasileiro em 30 de março de 2007. Ao ser aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008<sup>9</sup> e pelo Decreto do Poder Executivo nº 6.949 de 25 de agosto de 2009<sup>10</sup>, a

---

<sup>5</sup> Saraiva, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral: Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp 62.

<sup>6</sup> Saraiva, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral: Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. pp. 91.

<sup>7</sup> Brasil. *LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm) [31 agosto 2016]

<sup>8</sup> Ishida, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 15°. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 10.

<sup>9</sup> Brasil. *Decreto Legislativo n. 186 de 2008*. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm) [31 agosto 2016]

<sup>10</sup> Brasil. *Decreto n. 6.949 de 25 de agosto de 2009*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm) [31 agosto 2016].

Convenção adquiriu equivalência de Emenda Constitucional, conforme o rito estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição Federal Brasileira<sup>11</sup>.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, traz regras e orientações para a promoção dos direitos e liberdades dos deficientes com o objetivo de garantir a essas pessoas inclusão social e cidadania. A nova legislação, que entrou em vigor em janeiro de 2016, chamada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência<sup>12</sup>, garante condições de acesso a educação e saúde e estabelece punições para atitudes discriminatórias contra essa parcela da população.

O reconhecimento formal do idoso enquanto sujeito de direito se consagra no Brasil com a Constituição de 1988, a lei da Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso<sup>13</sup>, além dos Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosas<sup>14</sup>, adotados pela Resolução 46/91 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1991.

Os Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosas reconheceu “a enorme diversidade na situação das pessoas idosas, não apenas entre os vários países, mas também dentro do mesmo país e entre indivíduos, a qual exige uma série de diferentes respostas políticas”, e que em todos os países, “as pessoas estão a atingir uma idade avançada em maior número e em melhor estado de saúde do que alguma vez sucedeu” sendo que “num mundo caracterizado por um número e uma percentagem crescentes de pessoas idosas, deverão ser dadas oportunidades para que as pessoas idosas capazes, e que o desejem fazer, participem nas atividades em curso da sociedade e contribuam para as mesmas” e o Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento<sup>15</sup> em seu parágrafo 19 esclarece que “Uma sociedade para todas as idades possui metas para dar aos idosos a oportunidade de continuar contribuindo com a sociedade. Para trabalhar neste sentido é necessário remover tudo que representa exclusão e discriminação contra eles”.

A universalidade e a indivisibilidade são consideradas como características dos Direitos Humanos fundamentais para compreendermos o sistema jurídico de proteção. A primeira se expressa pela compreensão de que a única condição necessária à

<sup>11</sup> Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) [31 agosto 2016]

<sup>12</sup> Brasil. *LEI Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm) [31 agosto 2016]

<sup>13</sup> Brasil. *LEI Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003. Estatuto do Idoso*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm) [31 agosto 2016]

<sup>14</sup> ONU. *A ONU e as pessoas idosas*. <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/> [31 agosto 2016].

<sup>15</sup> *Ibidem*.

titularidade de tais direitos è a do pertencimento à espécie humana e a indivisibilidade implica na idéia de que o respeito a uns é condição do respeito a outros.

Ao lado do sistema “geral” de proteção, desenvolveram-se mecanismos especiais, voltados para grupos considerados mais vulneráveis ou ainda para uma proteção mais detalhada de determinados direitos. Entre os instrumentos mais relevantes estão: a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (de 1948); a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (de 1965); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação das Mulheres (de 1980); a Convenção contra a Tortura e outras Penalidades ou Tratamentos Cruéis Desumanos ou Degradantes (de 1984), a Convenção relativa aos direitos da Criança (de 1990) e aos Direitos das Pessoas com Deficiência (2007). Todas estas convenções foram elaboradas, assinadas e ratificadas pela imensa maioria dos países integrantes da ONU.

Há enormes distâncias entre o que estabelecem estas normas e a realidade da imensa maioria da população mundial, não se pode deixar de lavar em conta que são normas formal e politicamente reconhecidas. Levar o conhecimento, inicialmente aos alunos matriculados no sistema de ensino, sobre os direitos humanos, a garantia e efetividade de sua aplicação, servirá para que haja interação das crianças, adolescentes, deficientes e idosos, que, em sua vulnerabilidade, sejam as protagonistas e que possam se defender com eficácia quando ocorrer abuso ou violação de seus direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. O princípio da dignidade humana possui quatro dimensões axiológicas básicas: da liberdade brotam os direitos individuais e os direitos políticos; da igualdade, os direitos sociais, econômicos e culturais; da solidariedade, os direitos difusos e coletivos. A democracia surge com a ambiência institucional ideal para o florescimento de todos eles. O Direito introduz força coercitiva aos valores éticos, estabelecendo normas de conduta e impondo sanções estatais aos responsáveis pelas violações. O Estado, por sua vez, executa as condenações mesmo que seja necessário recorrer à força física, à expropriação de bens e à outras medidas repressivas.

A conscientização pelos cidadãos, principalmente pelos jovens, de que os direitos das crianças de hoje, devem ser observados e colocados em prática, atendendo ao princípio da proteção integral, é o que leva à transformação da sociedade. Para que os direitos das pessoas com deficiência e das pessoas idosas sejam acolhidos de pronto,

sem qualquer estigma ou obstáculo, é necessário desenvolver uma opinião crítica e sensata sobre esses Direitos Humanos na consolidação de suas práticas sociais.

Uma vez inseridas no ordenamento jurídico interno formalmente consolidados, o conjunto de Direito Internacional dos Direitos Humanos oferece um certo patamar de proteção das pessoas, sendo a efetividade e sua colocação em prática questão crucial.

No âmbito da educação brasileira, consta do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos-PNEDH<sup>16</sup>, a educação é compreendida como um direito em si mesmo e um meio indispensável para o acesso a outros direitos. A educação ganha, portanto, mais importância quando direcionada ao pleno desenvolvimento humano e às suas potencialidades, valorizando o respeito aos grupos socialmente excluídos. Essa concepção de educação busca efetivar a cidadania plena para a construção de conhecimentos, o desenvolvimento de valores, atitudes e comportamentos, além da defesa socioambiental e da justiça social<sup>17</sup>.

A educação é um direito humano reconhecido no art. 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>18</sup>, *in verbis*:

Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

1. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada aos seus filhos.

Referido direito vem fundamentado também em outros documentos internacionais, especialmente, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (arts. 13 e 14), a Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, a Convenção sobre os Direitos da Criança (arts. 28 e 29) e o Protocolo

---

<sup>16</sup> Brasil. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos – PNEDH*, Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO 2007.

<sup>17</sup> Kato, Rosângela L.; Felix, Ynes S. *Educação em Direitos Humanos e o Plano Nacional de E.D.H.* Campo Grande-MS. Editora UFMS. 2016, pp. 7.

<sup>18</sup> ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf> [31 agosto 2016].

Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 13).

Conforme o fluxo das necessidades humanas básicas na dimensão espaço-tempo, processo de construção dos direitos fundamentais avança e sua eficácia é gradual, pois os direitos sociais estão prescritos em normas-princípios aplicáveis da melhor forma possível diante das situações fáticas e jurídicas existentes.

Os Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosas traz expressamente que os idosos devem permanecer integrados na sociedade, participar ativamente na formulação e execução de políticas que afetem diretamente o seu bem-estar e partilhar os seus conhecimentos e aptidões com as gerações mais jovens e que devem ter a possibilidade de procurar e desenvolver oportunidades para prestar serviços à comunidade e para trabalhar como voluntários em tarefas adequadas aos seus interesses e capacidades, bem como devem ter a possibilidade de procurar oportunidades com vista ao pleno desenvolvimento do seu potencial e devem ser tratados de forma justa, independentemente da sua idade, género, origem racial ou étnica, deficiência ou outra condição, e ser valorizados independentemente da sua contribuição econômica.

### **3. Conclusão**

A mudança de paradigma nas questões relativas às pessoas com deficiência ensejaram a ascensão da promoção e garantia dos direitos individuais e coletivos para efetivação da sua inclusão social, no âmbito maior dos direitos humanos. Para além das mudanças legislativas, o Estado brasileiro passou a desenvolver ações que permitem transformar o modelo assistencialista, tradicionalmente limitante, em condições que possibilitem às pessoas com deficiência exercerem a posição de protagonistas de sua emancipação e cidadania, contribuindo, assim, para o desenvolvimento do país.

Devem ser envidado esforços para desenhar e implantar programas capazes de propiciar a inclusão desse segmento. Além de construir uma política de natureza estruturante, que modifique a lógica de intervenções pontuais e isoladas. Portanto, a tarefa tem como princípio a transversalidade do tema da deficiência, apoiado na sinergia do planejamento e da execução de ações integradas tanto da esfera governamental (órgãos federais, pactuando com os Governos Estaduais e Municipais), como recebendo a contribuição dos conselhos de direitos e a sociedade civil organizada, buscando garantir seu acesso aos bens e serviços básicos disponíveis para a sociedade em geral e efetivarem a política de inclusão da pessoa com deficiência.

Se não cuidarmos das crianças de hoje, que tipo de sociedade teremos daqui a vinte, trinta anos, uma vez que decorrido o tempo, a criança de hoje será o adulto de amanhã e o idoso num futuro um pouco mais distante.

A relação entre cultura e direitos humanos, bem como de seu papel na luta contra a discriminação, são questões que o Brasil enfrenta. Entretanto, a integração da cultura com as demais políticas sociais é uma experiência recente que necessita ser aperfeiçoada. O momento é de reconhecimento dos direitos culturais como necessidade básica e direito dos cidadãos, o que conduz à busca de uma agenda integrada com as políticas sociais e de desenvolvimento. Em que pesem as tendências recentes, seus impactos ainda não foram suficientes para reduzir o quadro de desigualdades no acesso à produção cultural e é fundamental cuidar para que, ao contrário, o crescimento econômico não faça com que tais desigualdades sejam ainda mais exacerbadas<sup>19</sup>.

As informações que as pessoas idosas possuem são capazes de influenciar o comportamento de indivíduos, tanto um saber, assim como as instruções relevantes para um fazer, através de atos performativos e de indicações sobre as práticas mais adequadas em um determinado ambiente, o que pode auxiliar e orientar os jovens em suas condutas na sociedade, mais ainda quando se tratar de consideração e respeito para com as pessoas com deficiência.

Algumas ações em conjunto, como proposta interdisciplinar em direitos humanos, podem ser efetivadas junto à comunidade, tais como: Encontro com os alunos, Encontro de formação com os pais e avós, Visitas às instituições que cuidam das pessoas com deficiência e idosos na cidade, desenvolvendo o senso de cidadania e responsabilidade social, cultivando o exercício de uma moral humanitária, exercitando o sentimento de indignação diante das injustiças, bem como desenvolver o senso de tolerância e respeito à diversidade, priorizando o aspecto humano e espiritual em detrimento do material, com o objetivo de cultivar a solidariedade e protestar contra a indiferença.

### **Referências Bibliográficas**

Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) [31 agosto 2016].

---

<sup>19</sup> UNESCO. *Acesso à cultura no Brasil*. <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/cultura/culture-and-development/access-to-culture/> [31 agosto 2016]

- Brasil. *Decreto Legislativo n. 186 de 2008.* [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Congresso/DLG/DLG-1862008.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Congresso/DLG/DLG-1862008.htm) [31 agosto 2016].
- Brasil. *Decreto n. 6.949 de 25 de agosto de 2009.* [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato20072010/2009/Decreto/D6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato20072010/2009/Decreto/D6949.htm) [31 agosto 2016].
- Brasil. *LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.* [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm) [31 agosto 2016].
- Brasil. *LEI Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003. Estatuto do Idoso.* [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm) [31 agosto 2016].
- Brasil. *LEI Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência.* [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm) [31 agosto 2016].
- Brasil. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos – PNEDH*, Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO 2007.
- Ishida, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 15°. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 10.
- Kato, Rosangela L.; Felix, Ynes S. *Educação em Direitos Humanos e o Plano Nacional de E.D.H.* Campo Grande-MS. Editora UFMS. 2016, pp. 7.
- ONU. *A ONU e as pessoas idosas.* <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/> [31 agosto 2016].
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.* <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf> [31 agosto 2016].
- Saraiva. João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral: Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 91.
- Sarmiento, George. *As gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade in Educação em Direitos Humanos: Diálogos interdisciplinares / (Org.) Mara Rejane Alves Nunes Ribeiro; Getulio Couto Ribeiro – EDUFAL: Editora Universitária Alagoas, 2012, pp. 119-121.*
- UNESCO. *Acesso à cultura no Brasil.* <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/culture-anddevelopment/access-to-culture/> [31 agosto 2016].

VII. DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN.  
DERECHOS DIFUSOS



*VII.1. EL MEDIO AMBIENTE  
Y EL DERECHO A UN  
DESARROLLO SOSTENIBLE*



# DERECHO AL DESARROLLO: UN DERECHO COMPLEJO

## RIGHT TO DEVELOPMENT: A COMPLEX RIGHT

Bernardo Alfredo Hernández-Umaña  
*Universidad Santo Tomás*

**Resumen:** Hemos querido hacer una contribución desde el derecho a la discusión del concepto de desarrollo que, ante una relativa ausencia de la fundamentación del derecho al desarrollo en el marco de los Derechos Humanos, nos ha permitido plantear una aproximación a la fundamentación ética e identificación del núcleo esencial del derecho al desarrollo. Partiendo de una comprensión distinta acerca del desarrollo, que tiene como punto de inicio al Ser Vivo que integra la Comunidad de la Vida y al pensamiento complejo de Edgar Morin, destacando los principios dialógico, recursivo organizacional y hologramático.

**Palabras clave:** Desarrollo, Comunidad de la Vida, Pensamiento Complejo, Derecho al Desarrollo.

**Abstract:** We wanted to make a contribution from the right, to the discussion of the concept of development to a relative absence of the grounds of the right to development within the framework of Human Rights, it has allowed us to propose an approach to ethical foundation and identification of the core essence of the right to development, motivated by a different understanding of the development, which has as a starting point to the living that integrates the Community of Life and complex thought of Edgar Morin, highlighting the principles; dialogic, organizational recursive and hologramatic.

**Keywords:** Development, Community of Life, Complex Thought, Right to Development.

### 1. Introducción

Hemos formulado la siguiente pregunta a fin de ofrecer una respuesta y desarrollándola a lo largo de esta investigación para solventar ese carácter abstracto y de relativa carencia, tanto del derecho al desarrollo como del desarrollo; ¿Qué propuesta de fundamentación ética y núcleo esencial del derecho al desarrollo, permitiría la materialización para todos los seres que integran e integrarán la Comunidad de la Vida el desarrollo y el derecho al desarrollo?

Así las cosas, es con la complejidad, el pensamiento complejo y la ética del pensamiento complejo, que se nos permitirá hacer una aproximación al fundamento ético del derecho al desarrollo desde la complejidad de Edgar Morin, destacando elementos importantes para que esta construcción viera la luz, con autores como Françoise Ost con la dialéctica del medio y Vandana Shiva con la unidad dialéctica, en aras de contribuir aún más a la consolidación de

dicha fundamentación del derecho al desarrollo, que redundará en la realización del desarrollo en la Comunidad de la Vida<sup>1</sup>.

Luego propondremos elementos que permiten la construcción del núcleo esencial del derecho al desarrollo con el fin de contribuir a la configuración conceptual del desarrollo, y refleje su armonización desde el pensamiento complejo. Para finalizar con unas conclusiones que permitan abrir caminos y construir puentes hacia una agenda del desarrollo post-2015.

## **2. Como punto de partida. Lo que hay acerca del Desarrollo y Derecho al Desarrollo**

La sola comprensión del desarrollo como crecimiento económico, le imprime un cariz limitante y ortodoxo meramente material que lo hace incompleto, teniendo en cuenta que éste mide entre otros el Producto Interno Bruto (PIB), y no es representativo en el desarrollo del ser humano y mucho menos del cuidado al medio ambiente, sino, del aumento de la riqueza de una nación, pues solamente crecen los medios más no el fin. Otros instrumentos creados para medir el desarrollo, como el índice de Desarrollo Humano (IDH) con buenos propósitos que pretenden medir lo cualitativo hacen incompleta también esa comprensión oficial del desarrollo humano. A pesar de que hay algunos Estados que han utilizado el medio en el fin y ello se ha visto reflejado en el acceso de oportunidades, el desarrollo de capacidades y una mejor calidad de vida siguiendo las palabras de los denominados países desarrollados o mejor industrializados, pero que aún sigue sin completarse el engranaje que esta sinergia requiere. Se trata de que realmente los medios sean los medios y nos centremos en lo fundamental, el Ser Humano y la Comunidad de la Vida y no en el crecimiento de las economías de los Estados.

Observamos que el desarrollo tiene una estrecha relación con el derecho al desarrollo, por ello la aparición de la generación de los derechos emergentes<sup>2</sup> o de la solidaridad<sup>3</sup> que

---

<sup>1</sup> Entendida en los mismos términos que se menciona en el segundo párrafo de la Carta a la Tierra, así: La humanidad es parte de un vasto universo evolutivo. La Tierra, nuestro hogar, está viva con una comunidad singular de vida... con todos sus sistemas ecológicos, una rica variedad de plantas y animales, tierras fértiles, aguas puras y aire limpio...

<sup>2</sup> Rodríguez, María Eugenia. *La Nueva Generación de Derechos Humanos. Origen y justificación*. 2ª edición. Madrid. Dykinson, 2010. y Mesa, Gregorio. *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el "Estado ambiental de derecho"*. 2ª edición. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2010.

<sup>3</sup> Vasak Karel. «Les différentes catégories des droits de l'Homme» en *Les Dimensions universelles des droits de l'Homme*. Bruselas: UNESCO, 1990, pp. 297-316.

ha sido blanco de críticas<sup>4</sup> a fin de ser o no reconocidos en el catálogo de los derechos humanos. Encontrándose dentro de estos derechos; el derecho al desarrollo<sup>5</sup>, y que también ha sido objeto de debate, pues están quienes lo ven como un derecho que suma a todos los derechos –derecho síntesis<sup>6</sup>–o un derecho que es condición para que los otros se realicen, o un derecho autónomo<sup>7</sup> a todos los demás, o inexistente al cual no se le debe dar ningún reconocimiento, además ha sido criticado entre otras por considerarse una amenaza para la realización de los derechos que se enmarcan dentro de las dos primeras generaciones<sup>8</sup>, por su carácter difuso<sup>9</sup> en cuanto a la titularidad del derecho<sup>10</sup>, y por tanto definición conceptual y deberes<sup>11</sup> a fin de configurar un estatus jurídico que lo hiciera vinculante por el derecho

<sup>4</sup> Falcón y Tella, María José. “Las generaciones de derechos y la guerra”. *Anuario de Derechos Humanos*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid: Ediciones Universidad Complutense, 2003, Vol. 4, pp. 35-54.; Alston, Philip. “Conjuring up new human rights: a proposal for quality control”. *American Journal of International Law*, 1984, Vol. 78, p. 607.; Kooijmans, P. H. “Human Rights-Universal Panacea? Some reflexions on the so-called Human Rights of the Third Generation”. *Netherlands International Law Review*. 1990. pp. 329.; Saksena, K.P. “Human Rights and the right to development” *International Studies*, 1991, Vol. 28, 1. p. 42 y Van Dijk, P. “The right to development human Rights. A matter of equality and priority” *Israel Yearbook on Human Rights*, 1984, Vol. 14. pp. 221 – 227.

<sup>5</sup> M’Baye, Kéba. “Le droit au développement comme un droit de l’Homme” *Revue des droits de l’Homme*, 1972. pp. 503 – 534; Carrillo, Juan Antonio. “El derecho al desarrollo como Derecho de la persona humana”, *Revista española de Derecho Internacional*, 1972, V-XXV No. 1-4, pp. 119-125; Gross Espiell, Héctor. “El derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana” *Revista de Estudios Internacionales*, 1980, Vol. 1 n°. 1, pp. 41-60; Bermejo, Romualdo y Dugan, José. “El derecho al desarrollo un derecho complejo con contenido variable”. *Anuario de derecho internacional*. Navarra: Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, 1985, Vol. VIII, pp. 211-249; Pérez González, Manuel. “El derecho al desarrollo como derecho humano”. *El derecho al desarrollo o el desarrollo de los derechos sociales*. Madrid. Editorial Complutense, 1991, pp.95; Mariño, Fernando. “El marco jurídico internacional del desarrollo en Mariño”, Fernando y Fernández Liesa, Carlos (Eds). *El Desarrollo y la Cooperación Internacional*. Madrid: Universidad Carlos III-BOE, 1997; Gómez, Felipe. *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*. Bilbao. Universidad de Deusto, 1999 y Aguilar, Luis. *El derecho al desarrollo: su exigencia dentro de la visión de un nuevo orden mundial*. México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO) y Universidad Iberoamericana plantel Golfo Centro, 1999.

<sup>6</sup> Gross Espiell, Héctor. “El derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana” *Revista de Estudios Internacionales*, 1980, Vol. 1 n°. 1, pp. 41-60; García-Amador, F.V. *El derecho internacional del desarrollo: una nueva dimensión del derecho internacional económico*. 1ª edición. Madrid. Civitas, 1987 y Angulo, Nicolás. *El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado: concepto, objetivos y sujetos*. Madrid. IEPALA, 2005.

<sup>7</sup> Gómez, Felipe. *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*. Bilbao. Universidad de Deusto, 1999.

<sup>8</sup> Buitengeweg, Rob. “The right to development as a human right?”. *Peace & Change*, 1997, Vol. 22 Issue 4, pp. 414-431.

<sup>9</sup> Donnelly, J. “In Search of the Unicorn: the Jurisprudence and Politics of the Right to Development”, *California Western International Law Journal*, 1985, Vol. 15, pp. 477 y ss.

<sup>10</sup> Gross Espiell, Héctor. “Derecho Internacional del Desarrollo”. *Cuadernos de la Cátedra*. J.B. Scott, Universidad de Valladolid, 1975. párrafo 22, pp. 41-42.

<sup>11</sup> Sieghart, P. *The International Law of Human Rights*. Oxford. Clarendon press, 1985 y Brownlie, Ian. “The Human Right to Development”. *Human Rights Unit Occasional Paper*, 1989, Vol. 11

internacional<sup>12</sup> y el derecho interno de cada Estado, a pesar de ser aceptado por la comunidad internacional como derecho humano al tenor de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986). Con todo lo anterior, vemos que se hace cada vez más imperativa la necesidad de fundamentar éticamente y postular el núcleo esencial de este derecho, el cual armónicamente se alimenta del desarrollo e inescindiblemente mantiene relación con el derecho al medio ambiente.

De otra parte, cuando se habla del derecho al desarrollo, nos enfrentamos ante un derecho catalogado como humano que al ser de reciente aparición<sup>13</sup>, en la década de los años setenta del siglo pasado, se ha estudiado con mayor ahínco desde una sola óptica, es decir, desde el derecho internacional<sup>14</sup>. Con lo cual se ha dejado de lado la necesaria fundamentación ética que merece este derecho para aportarle otra visión, adicionando la identificación de su núcleo esencial que permita su definición conceptual teniendo en cuenta a la Madre Tierra y al Ser Humano, y poder hacer una comprensión diferente del desarrollo, del derecho al desarrollo y su puesta en escena para hacerse realidad.

## 2.1. ¿Cuál ha sido el fundamento iusfilosófico del derecho al desarrollo?

Entre tanto, el profesor Llano consideró a bien formular su propuesta de fundamentación iusfilosófico del derecho al desarrollo<sup>15</sup>. Con lo cual pudimos analizar la visión antropocéntrica acerca de la dignidad, mostrando su relación con el libre desarrollo de la personalidad<sup>16</sup>, avanzando gradualmente con la propuesta de los bienes primarios<sup>17</sup>, luego

---

<sup>12</sup> Pérez-Luño, Antonio. “La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales”. En Olivas Enrique (Coord.). *Problemas de legitimación en el Estado social. Colección Estructuras y Procesos Serie Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, pp. 91-106

<sup>13</sup> Rodríguez, María Eugenia. *La Nueva Generación de Derechos Humanos*. Origen y justificación. 2ª edición. Madrid. Dykinson, 2010.

<sup>14</sup> Gómez, Felipe. *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*. Bilbao. Universidad de Deusto, 1999.

<sup>15</sup> Llano, Fernando. “El derecho al desarrollo en el sistema de derechos humanos: entre los derechos de la personalidad y la actividad del Estado”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2013, Núm. XXIX, pp. 367-395.

<sup>16</sup> Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. (trad.) Manuel García Morente. Madrid. Ediciones Encuentro S.A., 2009 y , Kant, Immanuel. *¿Qué es la Ilustración?*. Trad. Ed. de Roberto R. Aramayo. Madrid. Alianza Editorial, 2004.

<sup>17</sup> Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. 2º reimpresión. Madrid. Fondo de Cultura Económica, 2002 y Rawls, John y Sen, Amartya. “Las libertades fundamentales y su prioridad en Libertad, igualdad y derecho”. *Las conferencias Tanner sobre filosofía moral*. Barcelona: Ed Sterling M. McMurrin, Editorial Ariel S.A., 1988, pp. 12-90.

el desarrollo como libertad<sup>18</sup> hasta llegar al enfoque de las capacidades<sup>19</sup>, estos dos últimos se han convertido en una alternativa con acogida.

A pesar de haberse analizado a los anteriores planteamientos vemos que han tenido la intención de complementar una teoría de la justicia sobre la cual poder fundar el derecho al desarrollo, pero ninguna de estas propuestas tuvo en cuenta a la totalidad de los seres que habitan en la Comunidad de la Vida, –con relativa excepción de quienes han abordado las capacidades con los animales<sup>20</sup> pero que no incluyen a las plantas y minerales–, no obstante, a pesar de ello, reconocemos el mérito de proponer la integración de ideas y conceptos que durante muchos años han resistido a reconocerse como tales, y en su lugar han guardado un énfasis separatista.

Sumado a ello, el efecto transformador que trae consigo la Declaración de Cambridge en 2012 y la ampliación de la dignidad en los animales y por tanto de sus capacidades, integrándose con el resto de seres que habitan en la Comunidad de la Vida, nos abre la puerta para poder presentar una aproximación a la fundamentación ética y el núcleo esencial del derecho al desarrollo y ayudar a resolver la pregunta que hemos formulado inicialmente.

De otro lado, debemos resaltar que la importancia de la fundamentación ética, tomando como referencia el modelo dualista<sup>21</sup> –ético y jurídico–, nos permite esgrimir que con el elemento ético-moral, es que se puede ampliar la comunidad moral hacia otros seres que también ostentan un valor en sí mismos, no porque tengan sentimientos o se parezcan a nosotros, o sean considerados nuestros hermanos menores, sino porque el punto de encuentro entre todos es la vida misma, el valor de la vida que a cada uno le corresponde en función a su proceso evolutivo, y al propósito que cada especie tenga en el desarrollo de sus capacidades para que contribuya al desarrollo de la Comunidad de la Vida.

Y en lo que concierne al derecho al desarrollo no se ha planteado la ampliación hacia los seres no humanos, pues aparentemente el sello de denominación de origen del derecho al desarrollo es sólo para los humanos. Por esta razón, debe haber una fundamentación ética y

---

<sup>18</sup> Sen, Amartya y Rawls John. “¿Igualdad de qué? en Libertad, igualdad y derecho”. *Las conferencias Tanner sobre filosofía moral*, Barcelona: Ed Sterling M. McMurrin, Editorial Ariel S.A., 1988, pp. 133-156 y Sen, Amartya. *Desarrollo y libertad*. (Trad. Esther Rabasco y Luis Toharia). Barcelona, España: Planeta. 2000.

<sup>19</sup> Nussbaum, Martha. *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. (trad.) Ramón Vilà Vernis y Albino Santos Mosquera. Barcelona. Paidós, 2007 y Nussbaum, Martha. *Crear Capacidades, propuesta para el desarrollo humano*. (Trad. Albino Santos Mosquera). Barcelona, España: Espasa Libros, 2012.

<sup>20</sup> Nussbaum, Martha. *Crear Capacidades, propuesta para el desarrollo humano*. (Trad. Albino Santos Mosquera). Barcelona, España: Espasa Libros, 2012.

<sup>21</sup> Peces-Barba, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid. Dykinson, 2004.

la elaboración del núcleo esencial de este derecho para que también los seres no humanos, se les reconozca el derecho al desarrollo, lo cual no riñe con los derechos humanos, toda vez que los integraría y reconocería como tales, manteniendo sus naturales diferencias y conectando los puntos de encuentro para evolucionar conjuntamente.

### 3. Complejidad y pensamiento complejo

Dice el profesor Morin que del vasto conocimiento que a lo largo de nuestra existencia hemos acumulado como civilización humana, dejamos de lado por una parte la importancia de la organización de este conocimiento<sup>22</sup>, y de otra parte, lo hemos convertido en teorías e ideologías gobernadas por sistemas de ideas que ignoran el sentido mismo de la ciencia, decayendo en una ceguera intelectual de la razón que nos conduce a la autodestrucción, pues no hay consciencia de lo que estamos haciendo con el conocimiento. Agrega que estamos inmersos en una visión unidimensional que impide reconocer y aprehender la complejidad de lo real y crítica al pensamiento cartesiano por su simplificación, disyuntiva, reduccionista y abstracta, que separa al sujeto pensante (ego cogitans) del objeto (res extensa), que se asume como la división entre la filosofía y la ciencia, pues se consideraba necesario que las ideas fueran claras y distintas, y reducidas a una única verdad<sup>23</sup>.

En estos tiempos a pesar de promoverse transformaciones que subsanen esta disyuntiva para facilitar la comunicación entre la ciencia y la filosofía y el conocimiento de sí mismas, aún se mantiene el separatismo y el reduccionismo de lo complejo a lo simple, entonces no se hizo esperar el desperdigamiento del conocimiento bajo la denominación de hiperespecialización, abriendo más brechas entre las áreas del conocimiento y la red compleja que existe acerca de la realidad, y que podemos observar en nuestra cotidianidad cada vez más desintegrados entre seres humanos y seres no humanos, naturaleza, Madre Tierra.

En razón a todo ello es que plantea su comprensión acerca de la complejidad, comenzando por preguntarse ¿Qué es la complejidad? A vuelo de pájaro y manteniendo la relación entre la unidad y la diversidad, la define como un tejido de constituyentes heterogéneos inseparablemente asociados. Sin embargo, haciendo más aguda la vista dice

---

<sup>22</sup> Morin, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*. Trad. Marcelo Pakman. 9° Reimpresión. Barcelona. Editorial Gedisa S.A., 2007.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

que la complejidad es, efectivamente, el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares, que constituyen nuestro mundo fenoménico<sup>24</sup>. Ello incluye también a las indeterminaciones, las incertidumbres, pues en este mundo de la complejidad son un componente importante, sin que este sea reducido a este fenómeno, pero sí se presenta en sistemas altamente organizados produciéndose una composición entre el orden y el desorden.

Es de anotar que para el profesor Morin, la capacidad de unir dimensiones antagónicas de nuestro mundo fenoménico, del cual emergen diversas relaciones que actúan aleatoriamente entre el *orden* y el *desorden* para *organizarse*, suscita en el individuo el relevo del pensamiento simple y reduccionista por el *desarrollo de la capacidad del pensamiento complejo*.

Así las cosas, uno de los elementos a destacar de la complejidad es la auto-organización, por tanto, nos recuerda que el orden de todo lo que vive no es simple, reduccionista y determinista. En razón a ello, nos dice que, desde el punto de vista ontológico del objeto, la auto-organización tiene dos rasgos que lo describen. El primero es la individualidad del objeto que se estudia y el segundo aspecto es la autonomía, pero no absoluta, pues se trata de una autonomía organizacional y por tanto es relativa. Cuando la auto-organización se une más al ambiente se suscita un sistema auto-eco-organizador<sup>25</sup>.

Otro elemento importante en la complejidad es la relación que existe entre sujeto, objeto y medio que se presentan como inseparables desde el paradigma de la complejidad. La relación sujeto-objeto hace que en el objeto haya una parte del sujeto y en éste exista una parte del objeto, por tanto, el sujeto que mantiene sus atributos y cualidades lo es en razón a un ambiente objetivo que le permite reconocerse, existir y este a su vez lo es, respecto a un sujeto que observa y piensa<sup>26</sup>, es decir, existe una relación que es inseparable y se complementa, pues cada uno por sí sólo no es suficiente.

En suma, sí relacionamos el sistema auto-eco-organizador del que ya hemos hecho mención y se va haciendo cada vez más complejo, llegaríamos a un sujeto reflexivo que no es otro que yo mismo que trato de pensar la relación sujeto-objeto<sup>27</sup>. Y, por tanto, el ser humano está llamado a ser auto-eco-organizador.

---

<sup>24</sup> *Ibidem.*

<sup>25</sup> *Ibidem.*

<sup>26</sup> *Ibidem.*

<sup>27</sup> *Ibidem.*

Habiéndose presentado lo que constituye el pensamiento complejo de Edgar Morin, hemos dejado para el final los tres principios medulares de la complejidad que explican de manera mucho más concreta lo antes expresado, y evidenciando que cada uno guarda relación y complementariedad entre sí.

El primer principio lo denomina dialógico, y trata de lo mencionado acerca de la relación orden y desorden construyendo un diálogo entre dos elementos antagónicos, pero que cuando se complementan producen la organización y la complejidad. Este principio contribuye al mantenimiento de la comprensión de opuestos en la unidad, el dialogo entre antagonismos<sup>28</sup>. El segundo principio llamado de recursividad organizacional, se explica con los movimientos circulares, refiriendo que cada movimiento es producido y al mismo tiempo es productor. Por esta razón adopta la denominación de recursividad que organiza, pues hay una relación cíclica entre el producto y los efectos que a la vez son causas y productores de lo que los produce<sup>29</sup>. En ese sentido, somos a la vez, productos y productores. Toda vez que con este principio se disuelve la comprensión lineal de causa-efecto, de producto-productor, pues todo lo que es producido vuelve a incorporarse en lo que ya se ha producido en un ciclo en sí mismo auto-constitutivo, auto-organizador y auto-productor. Y así funciona en todo aspecto de la vida, producimos conocimiento y somos el producto del conocimiento y del auto-conocimiento; el tercer principio es el hologramático, del cual nos dice que la parte está en el todo y el todo está en la parte<sup>30</sup>. Esta comprensión supera al reduccionismo que por un lado sólo ve a las partes y de otra orilla, al holismo que solamente ve el todo, y nos permite entender que somos sujetos dentro de una comunidad de la vida, y que esta a su vez se encuentra dentro de nosotros.

#### **4. La aproximación a la fundamentación ética del derecho al desarrollo desde la complejidad**

Con la ética del pensamiento complejo<sup>31</sup> se nos invita a mantener una higiene mental, denominándola como fundamental, pues cuando se lleva a cabo nos permite de un lado tener claridad mental y de otro nos conduce a la sabiduría de la mente que refiere este Morin. En esta se manifiesta la comprensión de uno mismo y del prójimo, en una relación dialógica,

---

<sup>28</sup> *Ibidem.*

<sup>29</sup> *Ibidem.*

<sup>30</sup> *Ibidem.*

<sup>31</sup> Morin, Edgar. *El método 6 Ética*. (trad.) Ana Sánchez. Madrid. Ediciones Cátedra (Grupo Anaya, S.A), 2006.

recursiva organizacional y hologramática, toda vez que la comprensión de sí mismo produce la comprensión del otro y esta produce asimismo nuestra comprensión. Por tanto, cobra importancia que el auto-examen y la autocrítica, componentes de la auto-ética se pongan en marcha para evitar las ilusiones interiores, el autoengaño, la auto-justificación y se logre el bien pensar y bien pensarnos, y dirige su atención hacia la complejidad que a pesar de que lo ve en términos antropológicos<sup>32</sup>, nosotros insistimos en incluir a la Comunidad de la Vida, y es precisamente esa nuestra apuesta, establecer un diálogo entre el ser humano y la naturaleza que hace de esta ética de la complejidad nuestro caballo de batalla.

En ese sentido, la clave está en el despertar de la conciencia del sujeto<sup>33</sup>, denominada despertar interior de la conciencia moral, toda vez que a partir de la conciencia podemos descubrir que el Amor es la religación<sup>34</sup> superior, de suma importancia y vitalidad para el desarrollo de los seres humanos que nos lleva a un nivel de mayor complejidad, es decir que la religación no puede ser sino Amor. Pero este Amor también debemos sentirlo y pensarlo hacia la Madre Tierra y todos aquellos que habitamos en la Comunidad de la Vida.

Es por ello, que si tenemos sentido de la complejidad entonces también tenemos sentido de la solidaridad. Que a su vez se hace una ampliación de nuestra consciencia pues ya no es unidimensional sino multidimensional, superando las visiones asiladas y parcializadas para llegar a la completud, pues lo solidario es complejo y así mismo es multidimensional.

Además, el principio dialógico de Morin nos permite conectar la noción de dialéctica del medio<sup>35</sup> y la unidad dialéctica<sup>36</sup>, las cuales se complementan mutuamente y hablan el mismo lenguaje que el profesor Morin ha planteado, pues los tres abordan la relación ser humano-naturaleza mediante un diálogo. El primero propone la noción de medio que engloba tanto a uno como al otro y está presente entre los dos. La segunda nos refiere que la

---

<sup>32</sup> *Ibidem.*

<sup>33</sup> *Ibidem.*

<sup>34</sup> La noción de religación, inventada por el sociólogo Marcel Bolle de Bal, colma un vacío conceptual dándole una naturaleza sustantiva a lo que sólo era concebido adjetivamente, y dándole un carácter activo a este sustantivo. “religado” es pasivo, “religante” es participante, “religación” es activamente. Se puede hablar de “desligación” para el opuesto de “religación”. Morin, Edgar. *El método 6 Ética*. (trad.) Ana Sánchez. Madrid. Ediciones Catedra (Grupo Anaya, S.A), 2006, p. 235.

<sup>35</sup> Ost, François. *Naturaleza y Derecho, para un debate ecológico en profundidad*. (trad.) Juan Antonio Irazabal y Juan Churruca. Bilbao. Ediciones Mensajero, 1996.

<sup>36</sup> Shiva, Vandana. *Abrazar la vida Mujer, ecología y supervivencia*. (Trad. Instituto del Tercer Mundo-Montevideo Uruguay, por Ana Elena Guyer y Beatriz Sosa Martínez). Madrid, España: horas y HORAS. 1995.

relación hombre–mujer y naturaleza configuran el principio femenino como origen de toda expresión de vida, y por ende su organización nos previene del mal desarrollo que sufrimos en estos tiempos y que ya hemos explicado.

Así las cosas, es que consideramos que la ética del pensamiento complejo parte desde la expresión manifiesta del principio dialógico de Morin, en el que se evidencia una complementación y punto de contacto para comprender las relaciones entre el ser humano y la naturaleza, de ahí que seamos tan insistentes en referirnos a la Comunidad de la Vida y nuestra propuesta se defina como un fundamento bioantropocéntrico complejo.

#### **4.1. Núcleo esencial.**

El núcleo esencial del derecho al desarrollo tiene como fin contribuir a la configuración conceptual de este derecho desde la óptica de lo complejo. Consideramos que vale la pena insistir en lo oportuno que es abrir caminos desde lo local hacia lo global, llevar el núcleo esencial a la esfera de la Constitución Política de cada país, brindándole un marco jurídico que ponga de presente los principios del pensamiento complejo, claro está, de acuerdo a sus propias dinámicas para que emprenda desde diferentes aspectos como lo son ecológicos, culturales, socio-políticos y económicos, reformas constitucionales que tengan como fin el desarrollo del sujeto, de los pueblos y de la Comunidad de la Vida.

Se trata de constitucionalizar el derecho al desarrollo como derecho complejo. Con ello lo que se pretende es que, bajo un núcleo esencial, las diversas formas de expresión de cada lugar tengan espacio para su auto-organización, se suscite el desarrollo complejo que hemos explicado desde la ética compleja. Toda vez que con cada pueblo organizado se puede hablar de una red de cooperación y solidaridad que nos lleva a tener una visión global del desarrollo dentro de la Comunidad de la Vida.

En cuanto al núcleo esencial o núcleo duro<sup>37</sup> que hace referencia al contenido esencial de un derecho, es decir lo que lo hace ser ese y no otro derecho, también nos hemos

---

<sup>37</sup> Parejo, Luciano. “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, número 3; Gavara de Cara, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Prólogo de F. Carreras. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1994; Hierro, Liborio. “¿Qué derechos tenemos?”. *El núcleo duro de los derechos humanos*. Navarra: (Ed) Marzal, Antonio. J.M. Bosch Editor. ESADE Facultad de Derecho, 2001, pp.17-39; Habërle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. (trad.) Joaquín Brage Camazano. Madrid. Dykinson, 2003 y Alexy, Robert.

apoyado en las sentencias del Tribunal Constitucional de España<sup>38</sup> y la Corte Constitucional de Colombia<sup>39</sup> que han expresado con claridad la definición y rasgos característicos que contribuyen a identificar el núcleo duro de un derecho y han derivado de lo anterior, dos criterios para construir el núcleo esencial del derecho al desarrollo.

El primero denominado *de identificación y caracterización*, que lo hace ser a partir de los tres principios del pensamiento complejo, hacemos una integración de los mismos pues el dialógico es de suma importancia entre los diferentes derechos humanos, dejando de lado la jerarquización entre estos, ampliando la relación entre los derechos de los humanos y los derechos de los animales, de la naturaleza, que se pretende equilibrar y armonizar entre visiones opuestas que impiden trascender y reconocer el derecho al desarrollo a todos los seres de la Comunidad de la Vida.

De igual manera, con el recursivo organizacional, partimos de las necesidades de causa y efecto que anteceden a las necesidades básicas, en razón a que no todos los seres de la Comunidad de la Vida, tenemos las mismas necesidades, pues cada uno produce y es producto de sus propias necesidades, sin embargo, devienen algunas necesidades que los seres humanos hemos creado como producto de un consumismo y modelo de desarrollo sin sentido.

Y respecto al hologramático, nos centramos en la titularidad y la responsabilidad, ello implica ver al sujeto desde el individuo y la comunidad, desde la persona y el pueblo, pues los Estados no se desarrollan. Además, nos permite integrar a los demás seres que habitan en la fraternidad de la vida, pues explica que el sujeto está en ésta y la comunidad está en el sujeto. La responsabilidad, entendida como la habilidad de responder ante cualquier situación, coloca a los humanos en un plano de mayor compromiso y carga, de cara a lo que hacemos con nuestros congéneres y los demás seres de la Comunidad de la Vida.

Y el segundo titulado *de realización y manifestación*, a partir de cuatro elementos esenciales; a) Vida, como inicio y final de todo lo que existe en esta dimensión, toda manifestación de la vida se expresa en la Madre Tierra a través del ser humano, animales,

---

*Teoría de los derechos fundamentales.* (trad.) Carlos Bernal Pulido. 2ª edición en Castellano. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

<sup>38</sup> Tribunal Constitucional de España. *Sentencia del Tribunal Constitucional de España. STC 11/1981 de 8 de abril.* [en línea] <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1981/11>> [03 febrero 2016].

<sup>39</sup> Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-756 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia del 30 de julio de 2008, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.* [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-756-08.htm>> [03 febrero 2016].

vegetales y otras formas de vida que habitan esta fraternidad. b) Libertad, se expresa como aquello que emerge de esta dinámica compleja con las que crean una cantidad de potencialidades internas y de posibilidades de elección en la acción. c) Creatividad, la vida en sí misma y todas sus formas en las que se manifiesta, constituyen actos creadores, así mismo el enfoque de las capacidades<sup>40</sup> reconoce a todos los animales el derecho a un mínimo de elevación de umbral de oportunidad para vivir una vida de acuerdo a la de su especie, y una extensa variedad de capacidades de funcionamiento que le permitan su florecimiento y; d) Amor, no hay nada de lo que se haga en la vida que tenga sentido si no se siente y piensa con Amor para nosotros, para el resto de seres de la Comunidad de la Vida el amor lo observamos en el mismo autoconocimiento que tienen estos de sí mismos, y por ello adoptan diversas formas que se manifiestan en la Madre Tierra y expresiones de Amor, además cada uno de nosotros ha recibido amor para poder vivir.

Y finalmente, así como el desarrollo es complejo y cada ser que habita nuestra Madre Tierra tiene la capacidad de manifestarlo y realizarlo, debemos definir el derecho al desarrollo como un derecho complejo que es inherente al ser vivo que hace presencia o la hará en la Comunidad de la Vida.

## 5. Conclusiones

Ahora bien, sabemos que una de las maneras para hacer posible cambios locales con efectos globales, es mediante la educación, pero no cualquier educación, toda vez que deberá ser una educación que suscite el relevo de los viejos paradigmas cartesianos por el paradigma de la complejidad, dándole mayor importancia al descubrimiento de las emociones y a la educación artística como un ejercicio legítimo para que cada habitante de este planeta se realice plenamente en esta Comunidad de la Vida, y ello se logra con la elaboración de una política pública a nivel educativo, siendo incorporado en la carta de navegación dicha política en cada país. Es decir, en las Constituciones Políticas y en los planes de desarrollo. Al igual que mediante programas y proyectos de cooperación internacional para el desarrollo centrando la atención en el fundamento ético y el núcleo esencial del derecho al desarrollo para que sea manifestado en la Comunidad de la Vida, mediante un trabajo cooperativo entre

---

<sup>40</sup> Nussbaum, Martha. *Crear Capacidades, propuesta para el desarrollo humano*. (Trad. Albino Santos Mosquera). Barcelona, España: Espasa Libros. 2012; Nussbaum, Martha. *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. (trad.) Ramón Vilà Vernis y Albino Santos Mosquera. Barcelona. Paidós, 2007.

mandatarios, instituciones educativas, organizaciones y movimientos sociales, y en especial de cada uno de nosotros para darnos la oportunidad de observar conscientemente y crear la realidad del desarrollo, transformar las crisis en oportunidades que nos permiten trascender y evolucionar, y que la humanidad descubra el camino hacia la felicidad.

### Referencias Bibliográficas

- Aguilar, Luis. *El derecho al desarrollo: su exigencia dentro de la visión de un nuevo orden mundial*. México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO) y Universidad Iberoamericana plantel Golfo Centro, 1999.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. (trad.) Carlos Bernal Pulido. 2ª edición en Castellano. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Alston, Philip. "Conjuring up new human rights: a proposal for quality control". *American Journal of International Law*, 1984, Vol. 78, p. 607.
- Angulo, Nicolás. *El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado: concepto, objetivos y sujetos*. Madrid. IEPALA, 2005.
- Bermejo, Romualdo y Dougan, José. "El derecho al desarrollo un derecho complejo con contenido variable". *Anuario de derecho internacional*. Navarra: Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, 1985, Vol. VIII, pp. 211-249.
- Brownlie, Ian. "The Human Right to Development". *Human Rights Unit Occasional Paper*, 1989, Vol. 11.
- Buitenweg, Rob. "The right to development as a human right?". *Peace & Change*, 1997, Vol. 22 Issue 4, pp. 414-431.
- Carrillo, Juan Antonio. "El derecho al desarrollo como Derecho de la persona humana", *Revista española de Derecho Internacional*, 1972, V-XXV No. 1-4, pp. 119-125.
- Donnelly, J. "In Search of the Unicorn: the Jurisprudence and Politics of the Right to Development", *California Western International Law Journal*, 1985, Vol. 15, pp. 477 y ss.
- Falcón y Tella, María José. "Las generaciones de derechos y la guerra". *Anuario de Derechos Humanos Universidad Complutense de Madrid*. Madrid: Ediciones Universidad Complutense, 2003, Vol. 4, pp. 35-54.

- García-Amador, F.V. *El derecho internacional del desarrollo: una nueva dimensión del derecho internacional económico*. 1ª edición. Madrid. Civitas, 1987.
- Gavara de Cara, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, Prólogo de F. Carreras*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- Gómez, Felipe. *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*. Bilbao. Universidad de Deusto, 1999.
- Gross Espiell, Héctor. “El derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana” *Revista de Estudios Internacionales*, 1980, Vol. 1 n°. 1, pp. 41-60.
- “Derecho Internacional del Desarrollo”. *Cuadernos de la Cátedra. J.B. Scott, Universidad de Valladolid*, 1975. párrafo 22, pp. 41-42.
- Habërle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. (trad.) Joaquín Brage Camazano. Madrid. Dykinson, 2003.
- Hierro, Liborio. “¿Qué derechos tenemos?”. *El núcleo duro de los derechos humanos*. Navarra: (Ed) Marzal, Antonio. J.M. Bosch Editor. ESADE Facultad de Derecho, 2001, pp.17-39.
- Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. (trad.) Manuel García Morente. Madrid. Ediciones Encuentro S.A., 2009.
- *¿Qué es la Ilustración?*. Trad. Ed. de Roberto R. Aramayo. Madrid. Alianza Editorial, 2004.
- Kooijmans, P. H. “Human Rights-Universal Panacea? Some reflexions on the so-called Human Rights of the Third Generation”. *Netherlands International Law Review*. 1990. pp. 329.
- Llano, Fernando. “El derecho al desarrollo en el sistema de derechos humanos: entre los derechos de la personalidad y la actividad del Estado”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2013, Núm. XXIX, pp. 367-395.
- Mariño, Fernando. “El marco jurídico internacional del desarrollo en Mariño”, Fernando y Fernández Liesa, Carlos (Eds). *El Desarrollo y la Cooperación Internacional*. Madrid: Universidad Carlos III-BOE, 1997.
- M´Baye, Kéba. “Le droit au développement comme un droit de l’Homme” *Revue des droits de l’Homme*, 1972. pp. 503 – 534.

- Mesa, Gregorio. *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el “Estado ambiental de derecho”*. 2º edición. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2010.
- Morin, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*. Trad. Marcelo Pakman. 9º Reimpresión. Barcelona. Editorial Gedisa S.A., 2007.
- *El método 6 Ética*. (trad.) Ana Sánchez. Madrid. Ediciones Catedra (Grupo Anaya, S.A), 2006.
- Nussbaum, Martha. *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. (trad.) Ramón Vilà Vernis y Albino Santos Mosquera. Barcelona. Paidós, 2007.
- *Crear Capacidades, propuesta para el desarrollo humano*. (Trad. Albino Santos Mosquera). Barcelona, España: Espasa Libros. 2012.
- Ost, François. *Naturaleza y Derecho, para un debate ecológico en profundidad*. (trad.) Juan Antonio Irazabal y Juan Churruca. Bilbao. Ediciones Mensajero, 1996.
- Parejo, Luciano. “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, número 3.
- Peces-Barba, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid. Dykinson, 2004.
- Pérez González, Manuel. “El derecho al desarrollo como derecho humano”. *El derecho al desarrollo o el desarrollo de los derechos sociales*. Madrid. Editorial Complutense, 1991, pp.95.
- Pérez-Luño, Antonio. “La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales”. En Olivas Enrique (Coord.). *Problemas de legitimación en el Estado social. Colección Estructuras y Procesos Serie Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1991, pp. 91-106.
- Rawls, John. Sen Amartya. “Las libertades fundamentales y su prioridad en Libertad, igualdad y derecho”. *Las conferencias Tanner sobre filosofía moral*. Barcelona: Ed Sterling M. McMurrin, Editorial Ariel S.A., 1988, pp. 12-90.
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. 2º reimpresión. Madrid. Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Rodríguez, María Eugenia. *La Nueva Generación de Derechos Humanos. Origen y justificación*. 2ª edición. Madrid. Dykinson, 2010.

- Saksena, K.P. “Human Rights and the right to development” *International Studies*, 1991, Vol. 28, 1. p. 42.
- Sen, Amartya. Rawls John. “¿Igualdad de qué? en Libertad, igualdad y derecho”. *Las conferencias Tanner sobre filosofía moral*, Barcelona: Ed Sterling M. McMurrin, Editorial Ariel S.A., 1988, pp. 133-156.
- Sen, Amartya. *Desarrollo y libertad*. (Trad. Esther Rabasco y Luis Toharia). Barcelona, España: Planeta. 2000.
- Shiva, Vandana. *Abrazar la vida Mujer, ecología y supervivencia*. (Trad. Instituto del Tercer Mundo-Montevideo Uruguay, por Ana Elena Guyer y Beatriz Sosa Martínez). Madrid, España: horas y HORAS. 1995.
- Sieghart, P. *The International Law of Human Rights*. Oxford. Clarendon press, 1985.
- Van Dijk, P. “The right to development human Rights. A matter of equality and priority” *Israel Yearbook on Human Rights*, 1984, Vol. 14. pp. 221 - 227
- Vasak Karel. «Les différentes catégories des droits de l’Homme» en *Les Dimensions universelles des droits de l’Homme*. Bruselas: UNESCO, 1990, pp. 297-316.

#### Sitios Web Consultados:

- Carta de la Tierra. [en línea] <<http://earthcharterinaction.org/contenido/pages/Lea%20la%20Carta%20de%20la%20Tierra>> [03 febrero 2016].
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-756 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia del 30 de julio de 2008, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-756-08.htm>> [03 febrero 2016].
- Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. [en línea] <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/desarrollo.htm>> [03 febrero 2016].
- Lectura del apartado final de la Declaración de Cambridge sobre la Conciencia (2012) [en línea]. <<http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>> [03 de febrero de 2016].
- Tribunal Constitucional de España. Sentencia del Tribunal Constitucional de España. STC 11/1981 de 8 de abril. [en línea] <<http://hj.tribunalconstitucional.es/ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1981/11>> [03 febrero 2016].

# REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E ESPANHOL

## REFLECTIONS ABOUT THE ENVIRONMENT HUMAN RIGHT IN BRAZILIAN AND SPANISH JURISDICTIONS

Gisele Bonatti  
*Universidade Cândido Mendes*

**Resumo:** Em uma resposta a crise ambiental e seus consequentes efeitos nocivos, que impedem o desfrute dos direitos fundamentais, analisaremos a questão do reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano de terceira geração. Como fio condutor, analisaremos como o tema tem sido tratado na Constituição brasileira de 1988 e Espanhola de 1978.

**Palavras chave:** Direitos fundamentais, Democracia, Meio Ambiente.

**Abstract:** As a response to the environmental crisis and its subsequent effects, such as the shearing of the enjoyment of the human rights, in this essay we'll argue and put into discussion the right to a healthy environment as a third generation human right. We will make a brief analysis of how this topic has been addressed in the Brazilian Constitution of 1988 and the Spanish Constitution of 1978.

**Keywords :** Fundamental rights, Democracy, Environment.

### 1. Introdução

Atualmente, nos principais meios de comunicação, temos notícias acerca da preocupação pela preservação do meio ambiente. O ser humano em sua busca desenfreada pelo desenvolvimento econômico e tecnológico, não tomou em consideração as consequências nocivas de suas atividades.

Segundo o Banco Mundial, se a população global chegar a 9,6 bilhões em 2050, será preciso três planetas Terra para oferecer os recursos naturais necessários para manter o atual padrão de consumo. Para a sobrevivência da Terra, será necessário tomar medidas como: diminuir os desperdícios de alimentos, repensar os subsídios aos combustíveis fósseis, reduzir a quantidade e criar tratamento especial para os resíduos lançados no meio ambiente<sup>1</sup>.

Entretanto, o tema de maior preocupação na agenda internacional, são as mudanças climáticas. Segundo Mary Robinson, atual Enviada Especial do Secretario

---

<sup>1</sup> Nações Unidas. "Banco Mundial: serão necessários 3 planetas para manter atual estilo de vida da humanidade". [em linha]. <<https://nacoesunidas.org/banco-mundial-serao-necessarios-3-planetas-para-manter-atual-estilo-de-vida-da-humanidade/>> [20 agosto 2016].

Geral sobre a mudança climática, qualificou a mudança climática como a maior ameaça aos direitos humanos no século XXI.<sup>2</sup>

Por essa razão, escolhemos esta oportunidade, para tratar do tema do Direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Entendemos que o meio ambiente é condição imprescindível para o desenvolvimento do ser humano, e por isso, o desequilíbrio ambiental, poderá afetar severamente os demais direitos fundamentais como: saúde, moradia, intimidade familiar, laboral e em última instância, poderá violar o direito à vida.

O trabalho segue a seguinte estrutura. Iniciaremos demonstrando a relação do meio ambiente e os demais direitos humanos, com base no relatório das Nações Unidas “Climate Change and Human Rights”, apresentado na Conferência do Clima, em dezembro de 2015. Com isso feito, trataremos do surgimento do direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental e por fim, como este direito foi recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro e espanhol.

Como fontes utilizaremos tratados e acordos internacionais, e legislação, especificamente as Constituições do Brasil e Espanha, assim como jurisprudência dos Tribunais dos respectivos países.

Nosso principal objetivo é mostrar a importância da preservação ambiental para o desenvolvimento do ser humano. E, como o direito ao meio ambiente adequado está sendo tratado a nível constitucional, pelos ordenamentos jurídicos, brasileiro e espanhol. Obviamente não temos a intenção de esgotar o tema, mas sim, trazer a sua importância para que seja desenvolvido em outra oportunidade pelos cientistas do Direito.

## **2. Meio ambiente e Direitos fundamentais**

O meio ambiente ecologicamente sadio, equilibrado, configura-se como extensão do direito à vida, seja relacionado a própria existência física e da saúde dos seres humanos ou ao aspecto da qualidade de vida.

O Estado deve promover a proteção do meio ambiente, para que os indivíduos possam disfrutar com dignidade a vida. Neste sentido, Senise<sup>3</sup>, “O meio ambiente dispõe de recursos imprescindíveis para o desenvolvimento da personalidade humana,

---

<sup>2</sup> Resolução A/HRC/31/52. [em linha].

<<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Pages/ListReports.aspx>> [5 maio 2016].

<sup>3</sup> Lisboa, Roberto Senise. “O contrato como instrumento de tutela ambiental”. In *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 35, p.189.

propiciando meios hábeis a assegurar os direitos físicos, psíquicos e morais do homem”. Afinal, o desenvolvimento físico e psíquico são os objetivos do chamado humanismo jurídico, que permite que os indivíduos possam satisfazer os seus legítimos interesse em sociedade.

Com isso posto, se o meio ambiente é imprescindível ao desenvolvimento humano, o contrário significa que o desequilíbrio ambiental impede o desfrute de direitos fundamentais como: saúde (física e psíquica), igualdade, moradia, alimentação, auto determinação, acesso à água, desenvolvimento e em última instância viola o direito à vida.

Apesar do fenômeno do cambio climático ter sido objeto de estudo das Convenções internacionais, até 2007, ainda não se tinha um estudo, que fizesse a ligação clara entre o fenômeno do cambio climático, degradação do meio ambiente e a violação dos direitos humanos.

A primeira declaração intergovernamental considerada um marco importante, foi a “Male’ Declaration”, aprovada em 14 de novembro de 2007 por representantes de Estados insulares em desenvolvimento. Se reconheceu expressamente que a mudança climática afeta o desfrute dos direitos humanos, em especial o direito à vida, alimentação, cultura, e ao alto nível de saúde física e mental.<sup>4</sup>

Recentemente, entre 30 de novembro a 11 de dezembro de 2015, em Paris, foi realizada a Conferência do Clima (COP 21), que pela primeira vez, 195 países ratificam o documento “Acordo de Paris”, que passará a valer a partir de 2020.<sup>5</sup>

A COP 21, reconhece que a mudança climática é um problema da humanidade, que representa uma ameaça aterradora com efeitos potencialmente irreversíveis para a sociedade humana e o planeta. Por tanto, estabelece que os países devem promover medidas de prevenção as mudanças climáticas, respeitando desta forma os direitos humanos: direito à saúde; direitos dos povos indígenas, comunidades locais; direito das crianças; direito dos deficientes e pessoas em situações de vulnerabilidade; e por último

---

<sup>4</sup> “Concerned that climate change has clear and immediate implications for the full enjoyment of human rights including inter alia the right to life, the right to take part in cultural life, the right to use and enjoy property, the right to an adequate standard of living, the right to food, and the right to the highest attainable standard of physical and mental health;”. *Male’ Declaration on the Human Dimension of Global Climate Change*. [em linha]. Maldivas, 2007. <[http://www.ciel.org/Publications/Male\\_Declaration\\_Nov07.pdf](http://www.ciel.org/Publications/Male_Declaration_Nov07.pdf)> [5 agosto 2016]

<sup>5</sup> Naciones Unidas. *Convencion marco sobre el cambio climático -FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1*. [em linha]. 12 de dezembro de 2015. <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/109s.pdf>>. [3 maio 2016]

o direito ao desenvolvimento, assim como a igualdade de gênero e igualdade intergeracional<sup>6</sup>.

Durante a COP 21, foi apresentado um estudo, “Climate change and Human Rights”, pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que demonstra de forma bastante esclarecedora a relação entre os direitos humanos e as mudanças climáticas<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Naciones Unidas. *Convencion marco sobre el cambio climático -FCCC/CP/2015.1/L.9/Rev.* [em linha]. 12 de dezembro de 2015. <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/109s.pdf>> [3 maio 2016].

<sup>7</sup> O objetivo principal deste relatório, é que a análise, observações e recomendações feitas neste estudo, sejam tomadas em consideração nas ações no combate as mudanças climáticas. Acredita-se que esta pesquisa, possa servir como referência, além do conteúdo do Acordo de Paris. Nos parece importante, trazer a colação, alguns exemplos dispostos do estudo “Climate change and Human Rights”, para ilustrar as circunstâncias em que a mudança climática pode afetar os direitos humanos. a) Recursos de água doce: De acordo com a análise do Painel Intergovernamental de Mudança Climática (IPCC), as alterações climáticas irão reduzir significativamente a água de superfície e recursos hídricos subterrâneos nas regiões subtropicais secas, intensificando assim a concorrência pela água entre a agricultura, os ecossistemas, os assentamentos, indústria e produção de energia. Afetando desta forma, a energia, água e segurança alimentar na região.

A mudança climática também irá aumentar a frequência de secas, bem como o aumento da temperatura e aumento do nível do mar, o que pode prejudicar ecossistemas de água doce alterando a quantidade e qualidade da água. Isto pode conduzir à degradação de abastecimento de água para o consumo do homem, agricultura e outros usos. Os direitos afetados são: direito à água e saneamento, direito à saúde, direito à vida, direito à alimentação, direito a um adequado padrão de vida.

b) Ecossistemas Terrestres: Se observou nas últimas décadas que muitas plantas e animais mudaram seu comportamento em resposta à mudança climática. O IPCC prevê que a mudança climática pode aumentar levar ao aumento da extinção de muitas espécies. Além disso, se observa que muitas árvores têm morrido e vários lugares no mundo, e existem indícios que isso pode ser atribuído à mudança climática. Este “desflorestamento” representa um risco ambiental, tendo impactos significativos sobre o clima, biodiversidade, qualidade de água, produção de madeira e meios de subsistência. Dentre os motivos que levam à morte das árvores, estão as altas temperaturas, a seca e abundância de pragas. Como resultado, os direitos afetados são: direito à alimentação, direito a um padrão de vida adequado, o direito à saúde.

c) Sistema de oceano: A mudança climática está alterando as propriedades biológicas do oceano física, química. Os cientistas já observaram as mudanças na distribuição em grande escala de espécies e composição do ecossistema, como resultado do aquecimento do oceano. (Por exemplo, a distribuição de muitos peixes e invertebrados têm deslocado em direção aos polos e / ou para águas mais profundas, mais frias). IPCC prevê que, em resposta a um aquecimento de 1 ° C ou mais, haverá grandes mudanças irreversíveis na distribuição espacial das espécies e na época sazonal das suas atividades (alimentação, crescimento, desenvolvimento, comportamentos, e produtividades), que terão implicações para os bens do ecossistema e serviços. Isto tem sérias implicações para a produtividade marinha e da segurança alimentar em áreas tropicais. Direitos afetados: direito à alimentação, direito a um padrão de vida adequado, o direito à saúde.

d) Segurança alimentar e sistema de produção: Os efeitos das alterações climáticas na produção agrícola e alimentar são evidentes em várias regiões do mundo. Algumas regiões de alta latitude, como o nordeste da China e no Reino Unido, registaram um aumento modesto em produtividade, como resultado de aquecimento recente. No entanto, alterações na temperatura têm também afetado negativamente a produção das principais culturas (trigo, milho e arroz) em ambas regiões, tropical e temperado. Segundo este relatório, o aumento de temperatura em 2°C representa uma perda de 25% de produção, impactando na segurança alimentícia, para o período de 2030 á 2049. Perdas maiores são esperadas a partir de 2050.

Há também evidências de que eventos extremos climáticos (tempestades e inundações) têm impactado a produção de alimentos, mas não é possível dizer que estes eventos específicos foram causados por mudanças climáticas (embora a mudança climática irá aumentar a probabilidade de tal eventos). Como observado acima, as alterações climáticas também está impactando negativamente a produtividade da pesca. Direitos afetados: direito à alimentação , direito à saúde, direito à vida, direito a um nível de vida adequado.

Também merece destaque o relatório apresentado pelo Relator Especial, Jonh H. Knox, ao Conselho de Direitos Humanos, em 1 de fevereiro de 2016. Neste relatório, Knox, resume, apontando os principais problemas acerca dos efeitos das mudanças climáticas sobre os direitos humanos.

A medida que se elevam as temperaturas médias do planeta, aumenta o número dos mortos, feridos e deslocados por conta dos desastres relacionados com o clima, como ciclones tropicais. Também aumenta a mortalidade e a enfermidade pelas ondas de calor, secas, e má nutrição. Isto quer dizer que, quanto mais elevada seja a temperatura média, maiores serão os efeitos dos direitos à vida, à saúde e a outros direitos humanos. As consequências previsíveis de uma aumento de 2°C na temperatura média mundial são enormes. Segundo o Grupo Intergovernamental de Expertos sobre a Mudança Climática, incluem a probabilidade cada vez maior de uma redução de produtividade de trabalho, de morbidez (por exemplo, desidratação, insolação ou esgotamento por calor) e de mortalidade pela exposição a onda de calor. Os mais afetados são os trabalhadores da agricultura e da construção, assim como as crianças, pessoas sem lar, idosos e mulheres que precisam caminhar muitas horas para buscar água.

Além disso, Knox afirma que a mudança climática ameaça a existência de alguns pequenos países insulares. O aquecimento global derrete o gelo das calotas polares e faz com que o nível do mar suba. Sem embargo, Knox lembra que, muito antes de que as ilhas sejam inundadas, a mudança climática pode já ter as tornado inabitáveis, ou porque aumenta a frequência das marejadas gigantes ou porque o mar invade as fontes de água doce. Concluindo que, se os habitantes dessas ilhas se veem obrigados a evacuar de seus lares em busca de outros, os impactos em seus direitos

---

e) Modos de vida e aumento da pobreza: As mudanças climáticas podem impactar diretamente o modo de vida das pessoas, através da destruição dos recursos naturais, de casas e propriedades. Muitas vezes provocando o deslocamento forçado dessas pessoas vítimas das mudanças climáticas.

Como efeitos indiretos em seus modos de vida, as mudanças climáticas podem contribuir por exemplo, para o aumento nos preços dos alimentos, energia e outras necessidades. Assim como, pode iniciar ou intensificar a instabilidade política e os conflitos em larga escala e também provocar distúrbios a nível individual e familiar. Tudo isso pode resultar no deslocamento dessas pessoas (que sofrem com esses impactos) para lugares menos vulneráveis. O relatório afirma que a mudança do clima é um dos fatores que pode perpetuar o ciclo vicioso da pobreza, privação e desigualdade. Direitos afetados: direito a um nível de vida adequado, direito à saúde, direito à vida, direito à alimentação, direito à água, direito de propriedade e segurança humana.

f) Saúde humana: Há evidências de que a mudança climática já contribuiu para problemas de saúde em algumas regiões, os principais impactos sobre a saúde incluem: ( i) maior risco de lesão, doença e morte devido às ondas de calor mais intensas e incêndios; (ii) aumento do risco de subnutrição resultante da diminuição da produção de alimentos em regiões pobres; (iii) Redução da produtividade do trabalho em populações vulneráveis (pode criar significativos riscos para a saúde o trabalho realizado que ultrapasse o padrão internacional para um trabalho seguro durante os meses mais quentes do ano) e (iv) aumento do risco de contaminação de doença através de alimentos e da água. UNEP. *Climate change and human rights*. [em linha]. Nairobi: UNON Publishing Services Section, 2015, pp.2-8. <<http://www.unep.org/newscentre/Default.aspx?DocumentID=26856&ArticleID=35630>> . [8 agosto 2016].

humanos, em particular, direito a livre determinação e desenvolvimento, serão devastadores.

### 3. Meio ambiente como Direito fundamental de terceira geração

Para ter uma maior compreensão do direito fundamental de terceira geração, é necessário fazer um sucinto repasso na Teoria dimensional dos direitos fundamentais. Mas o que seriam os direitos fundamentais?

Para Luigi Ferrajoli, são direitos fundamentais aqueles direitos subjetivos que as normas de um determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a todos, tanto pessoas, cidadãos e / ou pessoas capazes de obrar<sup>8</sup>.

Segundo Konrad Hesse, os direitos fundamentais tem como objetivo criar e manter pressupostos elementares de uma vida em liberdade e da dignidade humana.<sup>9</sup> Nesta linha, Perez Luño define os direitos fundamentais “como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretam exigências da dignidade, liberdade e igualdade humana, os quais devem ser reconhecidos positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional ou internacional”<sup>10</sup>.

Neste mesmo sentido, Canotilho define os direitos fundamentais como aqueles direitos do ser humano reconhecidos e protegidos como tais por ordem constitucional de um Estado (normas postas em grau superior do ordenamento jurídico). Sendo assim, se tratam de normas vinculantes aos poderes públicos, protegidas através do controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos reguladores destes direitos<sup>11</sup>.

Atualmente, os direitos fundamentais são classificados em consonância com seu conteúdo ao largo da história, deste modo, se faz o estudo dos direitos em “dimensões” ou “gerações”, correspondendo a própria evolução do Estado. Neste sentido, o jurista italiano, Noberto Bobbio sustenta que de acordo com a evolução da história e o surgimento de novos interesses e carências, o elenco dos direitos do homem se modifica, se adequando as novas demandas da sociedade. Sendo assim, os direitos

---

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009, p. 291.

<sup>9</sup> HESSE, Konrad. “Significado de los derechos fundamentales”. In Benda, Maihofffer, Vogel, Hesse E Heyde (coords.) *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: IVAP, 2000, p.115.

<sup>10</sup> Luño, A.E. Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1988, p.44.

<sup>11</sup> Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5º ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 376-377.

humanos “constituem uma classe variável de direito, com a história destes últimos séculos vem demonstrando suficientemente”<sup>12</sup>.

Desde o lema revolucionário francês “liberdade, igualdade e fraternidade” se previa o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, profetizando sua sequência histórica.

Os direitos de primeira geração, são os direitos de liberdade, os quais possuem um caráter civil e individualista, como por exemplo : direito a vida, a liberdade, segurança pessoa, integridade física. Segundo Robert Alexy, de acordo com a interpretação clássica, os direitos fundamentais estão destinados a assegurar a esfera a liberdade do indivíduo frente as intervenções do poder público, são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. São direitos de ações negativas do Estado, um Estado não intervencionista<sup>13</sup>. Logo, o Estado não deve ter uma conduta ativa, mas sim de abstenção.

Sem embargo, o impacto da industrialização deu lugar a graves problemas sociais e econômicos, que colocaram em perigo a consagração formal da liberdade (direito de primeira geração). Por essa razão, surge a necessidade de uma proteção das categorias que encontravam prejudicadas, com o objetivo de compensar juridicamente suas fragilidades sociais e econômicas.

Deste modo surgem os direitos de segunda geração que obrigam ao Estado a conceder prestações positivas, estabelecendo uma liberdade real e igualitária para todos por meio da ação ativa dos poderes públicos, tais como a prestação de assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc. Antes o Estado atuava de modo de abstenção, agora tem o dever de alcançar ações com o fim de diminuir os problemas sociais e econômicos resultantes do processo de industrialização. O Estado passa a ser sujeito ativo na busca da justiça social.

Entretanto, frente aos novos desafios, a liberdade e a igualdade não foram suficientes, as demandas por uma qualidade de vida e a solidariedade dos seres humanos de todas as raças e nações, resultou no surgimento de uma nova categoria de direitos: os direitos de terceira geração<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.18

<sup>13</sup> Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 419.

<sup>14</sup> Ferreira Filho, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.57

Pérez Luño esclarece que os direitos de terceira geração, chamados de direitos de solidariedade, fraternidade, difuso ou coletivos, aparecem com características novas, como o direito a paz (auto determinação, identidade cultural, etc.), ao desenvolvimento (cooperação internacional, progresso dos povos, etc.), a proteção do meio ambiente (preservação dos recursos naturais para as presentes e futuras gerações, mantendo o patrimônio comum a toda humanidade), direito dos consumidores, direito a qualidade de vida e etc. Os direitos desta nova geração surgem para complementar os direitos das fases anteriores (primeira e segunda geração) e se apresentam como resposta ao fenômeno que o autor denomina de “contaminação das liberdades”<sup>15</sup>.

Em relação ao tema central do nosso trabalho, o direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi formulado pela primeira vez, na Conferência de Estocolmo de 1972, estabelecendo em sua respectiva declaração, em seu Princípio 1

o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

Pérez Luño sustenta que a incidência do meio ambiente na existência humana (sua transcendência para seu possível desenvolvimento) é o que justifica sua inclusão no estatuto dos direitos fundamentais, considerando o ambiente um conjunto de condições externas que conformam o contexto da vida humana. Este autor afirma que atualmente a ecologia representa o marco global para um renovado enfoque das relações entre o homem e o seu entorno, que resulte em uma utilização racional dos recursos energéticos e substitua o crescimento econômico desenfreado, em términos puramente quantitativos, por um uso equilibrado da natureza que faça possível a qualidade de vida. Por último, o citado autor alerta que o efeito da degradação ambiental leva um perigo de desintegração dos direitos humanos agredidos pelas consequências imediatas (conflito atômico, contaminação nuclear do ambiente e etc.), ou mediatas (medidas de segurança limitadoras gerais ou suspensivas das liberdades) que se derivam da utilização das tecnologias radioativas<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Luño, A.E. Pérez. *Las generaciones de los derechos fundamentales*. Op.cit., p.206.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 207-208.

#### 4. Meio ambiente na Constituição brasileira de 1988

Influenciada por esta esfera ambientalista, nossa Carta Magna de 1988, estabeleceu em seu artigo 225 o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado : “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Entretanto , a proteção ambiental está dispersa em vários dispositivos da constituição além do artigo 225 (apesar deste artigo ser o núcleo de toda a proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro). As consequências das afirmações feitas na CF/88 são claras no sentido que a proteção ambiental está relacionada a proteção e preservação dos demais direitos fundamentais.

Neste sentido, José Afonso da Silva, referência no tema do constitucionalismo ambiental, ressalta que:

A qualidade do meio ambiente em que a gente vive, trabalha e se diverte influi consideravelmente na própria qualidade de vida. O meio ambiente pode ser satisfatório e atrativo, e permitir o desenvolvimento individual, ou pode ser nocivo, irritante e atroficante” (...) “a qualidade do meio ambiente transforma-se, assim, num bem ou patrimônio, cuja preservação, recuperação ou revitalização se tornaram um imperativo do Poder Público, para assegurar uma boa qualidade de vida, que implica boas condições de trabalho, lazer, educação, saúde, segurança – enfim, boas condições de bem-estar do Homem e de seu desenvolvimento<sup>17</sup>.

Apesar da nossa Constituição Federal de 1988 não ter incluído o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no rol dos direitos fundamentais do art. 5º, não altera em nada sua essencialidade, não importando sua forma, e sim seu conteúdo, pois este direito está intimamente relacionado ao direito do desenvolvimento e da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Derani segundo Gomes, esclarece que “os direitos fundamentais não são simplesmente aqueles que a Constituição literalmente explicita em seu artigo 5º. Um direito é fundamental quando seu conteúdo invoca a construção da liberdade do ser humano”<sup>18</sup>.

Além de ser reconhecido como um direito fundamental pela doutrina, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado também tem seu reconhecimento pela

<sup>17</sup> Silva, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 25.

<sup>18</sup> Gomes, Daniela Vasconcelos. “Considerações acerca do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecológicamente equilibrado”. *RDA* nº 55, 2009, Revista dos Tribunais, p. 43.

Corte Constitucional brasileira. Assim citamos os conhecidos julgados MS 22.164 e a ADI 3540/DF, respectivamente :

(...) O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade<sup>19</sup>.

(...) Todos tem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão, que assiste a todo gênero humano (RTJ 158/206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade e de caráter transindividual (...)<sup>20</sup>.

Apesar de ser pacífico o entendimento, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, de que estamos diante de um direito fundamental, este não é o entendimento dos Tribunais regionais europeus ou de países como Espanha. A seguir, trataremos o posicionamento do ordenamento jurídico Espanhol.

## **5. Meio ambiente na Constituição espanhola de 1978**

O ordenamento jurídico espanhol, não trata da mesma forma o direito ao meio ambiente equilibrado, como o ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição espanhola, não considera o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, mas sim, como um princípio reitor de políticas sociais e económicas, de acordo com o artigo 45<sup>21</sup> da CE.

---

<sup>19</sup> MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30.10.95, DJ de 17.11.1995. No mesmo sentido : RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13.6.1995, DJ de 22.9.1995

<sup>20</sup> ADI 3540 MC/DF, Rel. Min Celso de Mello, 1º.9.2005.

<sup>21</sup> Artículo 45.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

Na doutrina espanhola, encontramos argumentos contra e a favor ao reconhecimento do direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental. Autores como L. Martín – Retortillo<sup>22</sup>, López Ramón<sup>23</sup>, Martín Mateo<sup>24</sup>, López Menudo<sup>25</sup> y Parejo Alfonso<sup>26</sup>, negam que este direito seja fundamental.

Por outro lado, autores como Jordano Fraga de Jesús, entende que é possível no íntimo da Constituição Espanhola, afirmar e defender a atual catalogação do direito ao meio ambiente como direito fundamental. Em sua opinião, os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais, e ao seu juízo, não há dúvida, que o direito ao meio ambiente é classificado como direito fundamental, posto que se encontra no artigo 45 CE, afirmação garantida por sua menção como tal na Conferência de Estocolmo de 1972. Além disso, Fraga, afirma que este preceito não pode ser excluído totalmente do recurso de amparo, pois está intimamente relacionado aos demais direitos fundamentais. Assim diz “El derecho al medio ambiente es recurso de amparo dirigido a la tutela de otros derechos. Éste sería el caso del derecho a la vida (art.15 CE), el derecho a la intimidad ( art.18 CE), el derecho a la participación (art. 23 CE), el derecho a la tutela efectiva de los derechos legítimos (art.24 CE) y el derecho a la educación (art.27 CE)”<sup>27</sup>.

O problema dos princípios reitores da política económica e social, se explica por terem estrutura diferente dos tradicionais direitos fundamentais de liberdade e igualdade. Os princípios reitores, para poderem ser aplicados, requerem atuação do legislador e da administração pública, pois somente a partir de sua regulação por lei, podem nascer pretensões jurídicas e invocáveis ante os poderes públicos<sup>28</sup>.

Dito de outra forma, não são direitos atribuídos diretamente da Constituição,

---

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

<sup>22</sup> Martín-Retortillo Barquer, L. “Administración local y medioambiente”. In *Derecho del medioambiente y Administración Local* (coord.. Esteve Pardo). Madri: Civitas, 1996, p. 31.

<sup>23</sup> López Ramón. “Derechos fundamentales, derechos subjetivos y colectivos al medioambiente”. In REDA, N° 95, julio-sep, 1998, p.354.

<sup>24</sup> Martín Mateo, Ramon. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Trivium, 1991, p. 45

<sup>25</sup> López Menudo, Francisco. “El derecho a la protección de medio ambiente”. *Revista del centro de estudios constitucionales*, n° X, 1991, pp. 161 y ss.

<sup>26</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Manual de derecho administrativo*. Barcelona: Ariel, 1998 p.105.

<sup>27</sup> Jordano Fraga, Jesús. *La protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*. Barcelona: Bosch, 1995.

<sup>28</sup> López Pina. Antonio. “De los principios reitores de la política social y económica”. In Alzaga Villaamil Oscar (dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Edersa, 1996, p.33.

tendo que esperar leis que os regulamente, por tanto, sua eficácia é indireta e mediata. Além disso, as garantias que são aplicáveis aos direitos fundamentais, não são atribuídas aos princípios reitores, como por exemplo, não podem aceder os Tribunais ordinários através de procedimentos de caráter preferente e sumário, como também não são objeto de recurso de amparo no Tribunal Constitucional, uma vez que não versão as matérias dispostas no artigo 53.2 da CE.

Na jurisprudência espanhola, o Tribunal Superior interpreta o direito ao meio ambiente adequado, não apenas como uma norma de aplicação indireta e mediata. Merece destaque a sentença de 25 de abril de 1989, no seguinte parágrafo:

Los preceptos contenidos en el capítulo del Título I de la Constitución, pese a girar en torno a la rúbrica de principios rectores de la política social y económica no constituyen meras normas programáticas que imiten su eficacia al campo de la retórica política o de la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas. Porque como ya se precisó hace años el Tribunal Supremo norteamericano, en el caso *Trop contra Duller* las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo, ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vivos que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra nación. Son regulaciones de gobierno. Y esta doctrina, aunque establecida por un Tribunal extranjero con referencia a la Constitución de su país, es perfectamente trasladable a nuestro ámbito. De manera que ese artículo 45, como los demás expresados en el capítulo III, tienen valor normativo y vinculan a todos los poderes públicos, cada uno es su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos. Por todo ello, es claro que el recurrente tiene legitimación sobrada para acceder a los Tribunales de justicia a plantear la cuestión aquí debida<sup>29</sup>.

Deste modo, frente a questão da legitimidade ativa do demandante (recorrente), o TS argumenta que analisando o artigo 45 da CE, se pode chegar a conclusão que este artigo reconhece a todos o direito à disfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa. Por isso, negar a legitimação do demandante, é negar o evidente. Assim, para o TS, fica claro que todos temos um direito proveniente do artigo 45 CE, o que nos legitima para acudir diretamente aos Tribunais, ao amparo do artigo 24 CE. Desta forma, o tribunal entende, que já não se pode considerar, como a tendência da teoria, que o artigo 45 CE trata-se de norma meramente de aplicação indireta.

---

<sup>29</sup> O fato que deu base na STS de 25 de abril de 1989, gira em torno da seguinte questão. Um vizinho de um determinado município, reclamou que este, estava lançando águas residuais sem as devidas instalações e isso estava resultando em moléstias e danos sanitários. O problema que se planteou, era se o vizinho tinha legitimidade ativa para realizar tal exigência. Os órgãos jurisdicionais de primeira instancia opinaram que não. Entretanto, o Tribunal Superior admitiu a legitimidade ativa, acudindo a jurisprudência estrangeira. Cfr. Perales, Carlos de Miguel. *Derecho Español del medio ambiente*. Navarra: Arazandi, 2009, p. 97.

Entretanto, este não é o entendimento do Tribunal Constitucional, que apenas concede a proteção ambiental, quando for demonstrado no caso concreto, que o desequilíbrio ambiental afeta algum dos direitos fundamentais dispostos no artigo 53.2 CE.

## **6. Considerações finais**

Diante do exposto neste artigo, passamos para nossas seguintes conclusões.

Primeiro, constatamos que já existem estudos suficientes que demonstram a necessidade do equilíbrio ambiental para a concretização dos direitos fundamentais. A mudança climática representa ameaça aos direitos humanos como: à saúde, alimentação, acesso a água potável, à moradia, à intimidade e direito à vida. O reconhecimento da mudança climática como ameaça aos direitos humanos, representa um grande passo em direção à proteção de tais direitos de comunidades do mundo todo.

Segundo, verificamos que neste contexto em que o meio ambiente é imprescindível para o desenvolvimento humano, se declarou a nível internacional, na Conferência de Estocolmo em 1972, o direito humano ao meio ambiente adequado, que permita uma vida digna para as presentes e futuras gerações.

Terceiro, analisamos que tanto o ordenamento jurídico brasileiro, assim como o espanhol, adotaram nas suas respectivas Constituições, o direito ao meio ambiente equilibrado. Entretanto, a positivação deste direito foi feita de formas distintas por cada ordenamento.

A atual Constituição brasileira, conhecida como uma Constituição verde, por ser extremamente protetora do meio ambiente, reconhece o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito fundamental. Por sua vez, a Constituição espanhola de 1978, dispõe o direito ao meio ambiente adequado, como princípio reitor de política social e econômica, sendo assim, não lhe conferindo a mesma proteção que os demais direitos considerados fundamentais recebem, como por exemplo o recurso de amparo. Sendo princípio reitor, sua aplicação é indireta e mediata, necessitando que o legislador e a administração pública discipline tal direito.

Sem embargo, já existem julgamentos pelo Tribunal Superior espanhol, que concede ao direito ao meio ambiente adequado uma proteção equivalente ao de direito fundamental, por fundamentar sua íntima e direta conexão com o direito à vida e a dignidade humana.

Quarta e última consideração, apesar de concordarmos que a proteção de um direito a nível de direito fundamental é maior que de princípio reitor de política social e econômica, acreditamos que o principal problema da crise ambiental está na falta de cumprimento da norma ambiental tanto pela administração pública, assim como pela sociedade. Faltam políticas de educação ambiental mais eficientes, como também, um controle de fiscalização das atividades de potencial significativo poluentes. Além disso, o fenômeno da corrupção presente nos órgãos ambientais, também é responsável por essa degradação ambiental, permitindo assim, que o poder econômico se sobreponha aos interesses da coletividade.

Por fim, recordarmos que o tema é atual e complexo, merecendo desenvolvimento pelos cientistas do Direito.

### **Referências Bibliográficas**

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5º ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.
- Ferreira Filho, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- Gomes, Daniela Vasconcellos. “Considerações acerca do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecológicamente equilibrado”. RDA, nº 55, 2009, Revista dos Tribunais.
- Hesse, Konrad. “Significado de los derechos fundamentales”. In Benda, Maihofffer, Vogel, Hesse e Heyde (coords.). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: IVAP, 2000.
- Jordano Fraga, Jesús. *La protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*. Barcelona: Bosch, 1995.
- Lisboa, Roberto Senise. “O contrato como instrumento de tutela ambiental”. In *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 35.
- López Menudo, Francisco. “El derecho a la protección de medio ambiente”. *Revista del centro de estudios constitucionales*, nº X, 1991.

- López Pina. Antonio. “De los principios rectores de la política social y económica”. In Alzaga Villaamil Oscar (dir.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Edersa, 1996.
- López Ramón. “Derechos fundamentales, derechos subjetivos y colectivos al medioambiente”. In REDA, Nº 95, julio-sep, 1998.
- Luño, A.E. Pérez. “Las generaciones de los derechos fundamentales”. In *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Nº 10. Set- Dez. 1991.
- *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1988.
- Martin Mateo, Ramon. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Trivium, 1991.
- Martín-Retortillo Barquer, L. “Administración local y medioambiente”. In *Derecho del medioambiente y Administración Local* (coord.. Esteve Pardo). Madrid: Civitas, 1996.
- Naciones Unidas. *Convencion marco sobre el cambio climático - FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1*. [em linha]. 12 de dezembro de 2015. <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/109s.pdf>>. [3 maio 2016].
- Nações Unidas. *Banco Mundial: serão necessários 3 planetas para manter atual estilo de vida da humanidade*. [em linha]. <<https://nacoesunidas.org/banco-mundial-serao-necessarios-3-planetras-para-manter-atual-estilo-de-vida-da-humanidade/>> [20 agosto 2016].
- Parejo Alfonso, Luciano. *Manual de derecho administrativo*. Barcelona: Ariel, 1998.
- Perales, Carlos de Miguel. *Derecho Español del medio ambiente*. Navarra: Arazandi, 2009.
- Silva, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- UNEP. *Climate Change and Human Rights*. [em linha]. Nairob: UNON Publishing Services Section, 2015, pp.2-8. <<http://www.unep.org/newscentre/Default.aspx?DocumentID=26856&ArticleID=35630>> . [8 agosto 2016].



*VIII.2. LA CORRUPCIÓN  
COMO VIOLACIÓN  
DE LOS DERECHOS HUMANOS*



# FRAUDE FISCAL, BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS, E TERRORISMO

## TAX FRAUD, MONEY LAUNDERING, AND TERRORISM

Gonçalo S. de Melo Bandeira

*Escola Superior de Gestão do IPCA-Instituto Politécnico do Cávado e do Ave,  
Minho, Portugal.*

**Resumo:** O que é a Fraude Fiscal? Do ponto de vista ético é um crime que, consumado, contribui para uma profunda injustiça económica, social, política, cultural e mental? Sim, não parece haver dúvidas. Não esquecendo, contudo, a forma paralela como os dinheiros públicos são tratados. Não basta pagar impostos, é preciso depois gastar de modo justo os dinheiros públicos. São duas faces da mesma moeda. Só assim se podem tentar alcançar os principais fins do “Sistema fiscal” que estão, por exemplo, plasmados no art. 103º da Constituição portuguesa: “O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza”. Enuncie-se agora alguns exemplos típicos de comportamentos: condutas ilegítimas tipificadas no presente artigo que visem a não liquidação, entrega ou pagamento da prestação tributária ou a obtenção indevida de benefícios fiscais, reembolsos ou outras vantagens patrimoniais susceptíveis de causarem diminuição das receitas tributárias. A fraude fiscal pode ter lugar, por conseguinte, por: ocultação ou alteração de factos ou valores que devam constar dos livros de contabilidade ou escrituração, ou das declarações apresentadas ou prestadas a fim de que a administração fiscal especificamente fiscalize, determine, avalie ou controle a matéria colectável; ocultação de factos ou valores não declarados e que devam ser revelados à administração tributária; celebração de negócio simulado, quer quanto ao valor, quer quanto à natureza, quer por interposição, omissão ou substituição de pessoas. Para efeitos do disposto nos números anteriores, podemos considerar os valores a considerar como os que, nos termos da legislação aplicável, devam constar de cada declaração a apresentar à administração tributária. No nosso entendimento, quanto ao bem jurídico aqui protegido, está essencialmente em causa a recepção de receitas. A sua arrecadação. A Fraude Fiscal é um crime que pode dar origem a um outro crime, conhecido por branqueamento ou lavagem. Ora, qual o bem jurídico deste último? Poderá haver concurso real? Poderá ser praticado por pessoas individuais e colectivas? Quais as suas características em termos internacionais? Ambos os crimes poderão financiar o terrorismo? E como defender assim o direito à paz?

**Palavras chave:** crime de branqueamento, fraude fiscal, terrorismo.

**Abstract:** What is the Tax Fraud? From an ethical point of view is a crime consummated, contributes to a deep economic injustice, social, political, cultural and mental? Yes, there seems to be no doubt. Not forgetting, however, the parallel way public funds are handled. Do not just pay taxes, you must then spend fairly public money. They are two sides of the same coin. Only then can try to reach the main purposes of the "tax system" that are, for example, embodied in art. 103 of the Portuguese Constitution: "The tax system aimed at meeting the financial needs of the state and other public entities and the fair distribution of income and wealth." Sets now some typical examples of behaviors: unlawful conduct typified in this article for the non-settlement, delivery or payment of the tax provision or improper obtaining tax benefits, refunds or other patrimonial advantages which might lead to decreased tax revenues. Tax fraud can take place, therefore, for: concealment or alteration of facts or values that must appear on the accounting or bookkeeping books, or statements made or given to the specific tax administration inspects, determine, evaluate

or control the tax base; concealment of facts or values not declared and that should be disclosed to the tax administration; concluding simulated business, whether as to the value or the nature or by the interposition, omission or substitution of people. For the purposes of the preceding paragraphs, we can consider the values to consider how that, in accordance with applicable law, should be on every statement to be submitted to the tax administration. In our view, as the legal and protected here, it is essentially concerned the receipt of revenues. Its collection. The Tax Fraud is a crime that can lead to another crime, known as money laundering. Now, what is the juridical good of the latter? There may be real competition? It can be practiced by individuals and legal persons? What are their characteristics in international terms? Both crimes can finance terrorism? And as well defend the right to peace?

**Keywords:** money laundering, tax fraud, terrorism.

### 1. Introdução ao trabalho:

O que é a Fraude Fiscal? Do ponto de vista ético é um crime que, consumado, contribui para uma profunda injustiça económica, social, política, cultural e mental? Sim, não parece haver dúvidas. Não esquecendo, contudo, a forma paralela como os dinheiros públicos são tratados<sup>1</sup>. Não basta pagar impostos, é preciso depois gastar de modo justo e constitucional (constitucional) os dinheiros públicos. São duas faces da mesma moeda. Só assim se podem tentar alcançar os principais fins do “Sistema fiscal” que estão, por exemplo, plasmados no art. 103º da Constituição portuguesa: “O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza”. Também a Constituição Federativa do Brasil não deixa dúvidas de quais os objectivos de justiça social que devem ser seguidos<sup>2</sup>. Mas igualmente a Constituição da Monarquia Constitucional espanhola<sup>3</sup>.

Enuncie-se agora alguns exemplos típicos de comportamentos, no contexto do ordenamento jurídico português, o qual, de resto, é bastante influenciado pelo Direito da União Europeia como não poderia deixar de ser face ao facto de Portugal ser um país membro<sup>4</sup>: condutas ilegítimas tipificadas no presente artigo<sup>5</sup> que visem a não liquidação, entrega ou pagamento da prestação tributária ou a obtenção indevida de

---

<sup>1</sup> Bandeira, Gonçalo S. de Melo. *Responsabilidade Financeira e Criminal § Direitos Constitucionais Sociais, Dinheiros Públicos e Recuperação de Activos*. Editora Juruá, Lisboa, 2015, *passim*.

<sup>2</sup> Cfr. art.s 145º e ss. a título de exemplo, princípios do sistema tributário nacional.

<sup>3</sup> Nomeadamente no seu art. 31º: “Artículo 31 Sistema tributario 1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. § 2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía. § 3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley”.

<sup>4</sup> Cfr. art. 8º da CRP-Constituição da República Portuguesa.

<sup>5</sup> Regime Geral das Infracções Tributárias, v.g. art. 103º que p. e p. a Fraude Fiscal.

benefícios fiscais, reembolsos ou outras vantagens patrimoniais susceptíveis de causarem diminuição das receitas tributárias. A fraude fiscal pode ter lugar, por conseguinte, por: ocultação ou alteração de factos ou valores que devam constar dos livros de contabilidade ou escrituração, ou das declarações apresentadas ou prestadas a fim de que a administração fiscal especificamente fiscalize, determine, avalie ou controle a matéria colectável; ocultação de factos ou valores não declarados e que devam ser revelados à administração tributária; celebração de negócio simulado, quer quanto ao valor, quer quanto à natureza, quer por interposição, omissão ou substituição de pessoas. Para efeitos do disposto nos números anteriores, podemos considerar os valores a considerar como os que, nos termos da legislação aplicável, devam constar de cada declaração a apresentar à administração tributária. No nosso entendimento, quanto ao bem jurídico aqui protegido, está essencialmente em causa a recepção de receitas. A sua arrecadação. A Fraude Fiscal é um crime que pode dar origem a um outro crime, conhecido por branqueamento ou lavagem. Ora, qual o bem jurídico deste último? Poderá haver concurso real? Poderá ser praticado por pessoas individuais e colectivas? Quais as suas características em termos internacionais? Ambos os crimes poderão financiar o terrorismo? E como defender assim o direito à paz?

## **2. Discussão e apresentação de resultados: parte I**

Do ponto de vista técnico-jurídico existem desde logo algumas notas a ter em consideração.

No ordenamento jurídico português, o direito penal tributário encontra-se regulado pelo Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, com as posteriores alterações<sup>6</sup>.

Este diploma classifica as infracções tributárias em crimes e contra-ordenações (artigo 2.º/2), sendo que os primeiros são ilícitos mais graves, sancionados com penas (sanções principais), que podem ser de multa ou de prisão, e com sanções acessórias; quanto aos segundos, são ilícitos menos graves, sancionados com coimas e sanções acessórias.

Além disso, este diploma p. e p. as diversas infracções (art.s 87º a 129º), estabelece o elenco de sanções aplicáveis (art.s 12º e ss. e 26º e ss.) e regula aspetos

---

<sup>6</sup> O RGIT está actualizado até à Lei n.º 7-A/2016, de 30 de Março, com início de vigência em 31 de Março de 2016.

essenciais, quer do processo penal tributário (art.s 35º a 50º), quer do processo de contra-ordenação tributária (art.s 51º e ss.).

Os crimes tributários encontram-se organizados da seguinte forma: (i) crimes tributários comuns (art.s 87º a 91º), destacando-se o crime de burla tributária (artº 87º), de frustração de créditos (art. 88º), de associação criminosa (art. 89.º), de desobediência qualificada (art. 90º) e de violação de segredo (artº 91º); (ii) crimes aduaneiros (art.s 92º a 102º); (iii) crimes fiscais (art.s 103º a 105º), onde se inclui a fraude (artº 103º), a fraude qualificada (art. 104º) e o abuso de confiança (art. 105º); e, finalmente, (iv) crimes contra a segurança social (art.s 106º e 107º), a saber: fraude contra a segurança social (art. 106.) e abuso de confiança contra a segurança social (art. 107º)<sup>7</sup>.

Por seu turno, as contra-ordenações tributárias podem ser aduaneiras (art.s 108º a 112º) ou fiscais (art.s 113º a 129º).

Em algumas das infrações previstas e punidas pelo RGIT, a sua delimitação entre crime e contra-ordenação depende de elementos quantitativos, designadamente: (a) o valor da prestação tributária em falta (por exemplo, no crime de contrabando – cfr. art. 92º); (b) a vantagem patrimonial obtida pelo agente (por exemplo, na fraude fiscal – cfr. art. 103º – e na fraude contra a segurança social – cfr. art. 106º); ou (c) o valor devido e não entregue (por exemplo, no abuso de confiança fiscal – cfr. art. 105º – e no abuso de confiança contra a segurança social – cfr. art. 107º).

Como já foi indiciado na introdução, são exemplos de operações consideradas como fraude fiscal (art. 103º): (i) ocultação ou alteração de factos ou valores que devam constar dos livros de contabilidade ou escrituração ou das declarações apresentadas; (ii) ocultação ou alteração de factos ou valores que deveriam ter sido comunicados à administração tributária; e (iii) celebração de negócios simulados, quer pelo seu valor, quer pela sua natureza, quer por interposição, omissão ou substituição de pessoas.

No que respeita às operações consideradas como fraude qualificada (art. 104.º), terá de existir a acumulação de mais do que uma das seguintes eventualidades: (i) o agente estiver em conluio com terceiros que estejam sujeitos a obrigações acessórias para efeitos de fiscalização tributária; (ii) o agente for funcionário público e tiver abusado gravemente das suas funções; (iii) o agente se tiver socorrido do auxílio do

---

<sup>7</sup> Esta divisão não é pacífica na doutrina portuguesa. Se considerarmos que o tributário se divide entre fiscal e aduaneiro, a segurança social é uma outra área na qual o direito também existe. Vejamos, se num caso, numa perspectiva orgânica, temos a Fazenda Pública ou Fisco, no outro caso temos a Segurança Social. Assim, podemos falar em Direito tributário e em Direito da Segurança Social. Repare-se que a ajudar esta ideia está o facto das contra-ordenações contra a Segurança Social estarem fora do RGIT.

funcionário público em grave abuso das suas funções; (iv) o agente falsificar, viciar, ocultar, destruir, inutilizar ou recusar entregar, exhibir ou apresentar livros, programas ou ficheiros informáticos e quaisquer outros elementos probatórios exigidos por lei; (v) o agente usar os livros, programas, ficheiros informáticos ou outros elementos probatórios sabendo-os viciados ou falsificados por terceiro; (vi) tiver sido utilizada a interposição de pessoas singulares ou coletivas residentes fora do território português e aí submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável; e (vii) o agente se tiver conluiado com terceiros com os quais esteja em situação de relações especiais.

Configura abuso de confiança fiscal (art. 105º) a não entrega à administração tributária, total ou parcialmente, de prestação tributária legalmente devida, de valor superior a 7.500 euros (nº 1), tendo decorrido mais do que 90 dias sobre o termo do prazo legal para a entrega da prestação e se a prestação comunicada à AT não for paga, acrescida dos juros e do valor da coima, no prazo de 30 dias após notificação para o efeito (nº 4). O abuso de confiança fiscal é, portanto, um crime omissivo (omissão de entrega, legalmente devida), que se consuma no momento em que o agente não entrega à Administração Tributária, a prestação tributária em causa. As circunstâncias indicadas no nº 4 do art. 105º configuram condições objetivas de punibilidade, isto é, elementos que não fazem parte nem da ilicitude nem da culpa, mas que são requisitos para a punibilidade do facto. Criticável é contudo esta incriminação. Manuel da Costa Andrade chama-lhe “o crime mais estúpido do ordenamento jurídico português”, citamos. Porque como que configura uma “prisão por dívidas” na sua nova configuração típica. Quando outras áreas do Direito seriam suficientes para recuperar os dinheiros e/ou vantagens desviadas. Além de ser este – o processo criminal – o meio que, porventura, atinge os mais altos valores pecuniários em termos de gastos de investimento público. Vejamos contudo aquilo que temos.

No que concerne ao IVA<sup>8</sup>, p.e., as regras de exigibilidade do imposto (art. 7º/1 do CIVA) não implicam o sancionamento criminal de todas as situações de incumprimento, dado o cariz residual do Direito Penal (utilizado como *ultima ratio*). Destarte, visa o art. 105º do RGIT punir as situações de violação grave e dolosa do dever de lealdade e de colaboração que impende sobre o sujeito passivo. Apesar de o disposto no art. 105º do RGIT constituir uma norma penal “em branco”, o legislador tributário exige o pagamento do imposto (artigo 27º/1 do CIVA), independentemente de

---

<sup>8</sup> Imposto sobre o Valor Acrescentado, o qual tem o seu próprio código em Portugal.

as importâncias liquidadas terem sido efetivamente recebidas ou os montantes deduzidos terem sido pagos.

De facto, no plano estritamente tributário, o IVA opera pelo denominado “método do crédito de imposto” ou “método subtrativo indirecto”, assumindo o sujeito passivo a qualidade de devedor, perante o Estado, do montante de imposto faturado aos seus clientes em virtude das vendas efetuadas ou dos serviços prestados em determinado período (imposto liquidado – imposto a favor do Estado). Em contrapartida, o sujeito passivo é credor do Estado pelo imposto suportado nos seus *inputs* (imposto suportado – imposto a favor do sujeito passivo). A entrega do valor devido em sede de IVA nos cofres do Estado resume-se a um diferencial, sendo o consumidor final quem realmente suporta o tributo (é, por isso, o contribuinte de facto), embora o montante do imposto seja entregue ao Estado pelo sujeito passivo de IVA (que é o “verdadeiro” contribuinte – contribuinte de direito).

Assim, o quantitativo de imposto apurado e a entregar nos cofres do Estado<sup>9</sup> faz parte do património do Estado e não do património do sujeito passivo, funcionando este último como depositário legal, que recebe a prestação tributária de um terceiro e terá de a entregar posteriormente ao Estado. O património do Estado, a confiança, a autoridade pública, a lealdade e a cooperação administrativa constituiriam os bens jurídicos tutelados pelo abuso de confiança fiscal? Temos muitas dúvidas, pois em rigor aquilo que está em causa é uma ideia muito simples: a recepção das receitas dos impostos por parte do Estado e nada mais do que isso<sup>10</sup>.

Encontramo-nos também perante uma infração de abuso de confiança fiscal (que pode ser crime ou contra-ordenação, consoante o valor, tal como já referimos) quando a entidade empregadora efetua uma retenção de IRS<sup>11</sup> aos seus trabalhadores, nos termos previstos no CIRS, e não entrega o correspondente montante ao Estado.

A mesma lógica encontra-se subjacente ao crime de abuso de confiança contra a Segurança Social<sup>12</sup>, que se consubstancia quando as entidades empregadoras, nos termos do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social<sup>13</sup>, tendo deduzido do valor das remunerações devidas a trabalhadores e membros

---

<sup>9</sup> Cfr. art. 27º do CIVA.

<sup>10</sup> Bandeira, Gonçalo S. de Melo. *Responsabilidade Financeira e Criminal § Direitos Constitucionais Sociais, Dinheiros Públicos e Recuperação de Activos*. Editora Juruá, Lisboa, 2015, *passim*.

<sup>11</sup> Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

<sup>12</sup> Cfr. art. 107º do RGIT.

<sup>13</sup> Aprovado pela Lei nº 110/2009, de 16 de Setembro com a última alteração pela Lei nº 23/2015, de 17 de Março.

dos órgãos sociais o montante das contribuições por estes legalmente devidas, não entreguem os montantes retidos, total ou parcialmente, às instituições de Segurança Social (nº 1). Neste contexto, são aplicáveis as mesmas sanções previstas no art. 105º, a propósito do abuso de confiança fiscal, aplicando-se também a regra de classificação em crime ou contra-ordenação em função do valor, ou seja, quando a prestação devida mas não entregue seja superior a 7.500 euros, estamos perante um crime; quando seja igual ou inferior a esse valor, a conduta em causa é apenas uma contra-ordenação.

## **2.1. Discussão e apresentação de resultados: parte II**

Façamos umas breves notas ao crime de fraude fiscal, no contexto do ordenamento jurídico português.

Como já dissemos em relação ao bem jurídico aqui protegido, está essencialmente em consideração a recepção de receitas. A sua arrecadação. O chamado tipo objectivo deste tipo de crime prende-se sobretudo com as diversas alíneas já acima referidas (a, b e c) do nº 1 do art. 103º do RGIT. Vamos observar algumas situações que tanto podem acontecer a nível nacional, como internacional<sup>14</sup>.

Usar documentos falsos como facturas em 3 fundamentais situações: atribuídas a empresas irregularmente constituídas ou inexistentes do ponto de vista jurídico / ou imputadas a empresas mas sem o conhecimento das mesmas / ou ainda emitidas por terceiro para o agente incorporar na sua contabilidade com o objectivo de vir a deduzir no imposto devido.

Fazer negócio simulado, declarando valor inferior ao real como acontece na compra de imóvel e dessa forma isentar ou reduzir de IMT<sup>15</sup> por parte do comprador e até de diminuir o valor de IRC<sup>16</sup> do vendedor, se, claro, for essa a situação. Desta forma, o legislador elenca os únicos meios ou modos de acção ou omissão, digamos assim. Importante também é de referir que não se exige a obtenção duma vantagem patrimonial. Basta objectivar o não pagamento, reembolsos, liquidação, entre outras hipóteses. É contudo preciso que sejam susceptíveis de causar diminuição das receitas fiscais. Parece assim ser um crime de aptidão, pois o perigo insere-se no tipo como

---

<sup>14</sup> Teixeira, Carlos / Gaspar, Sofia, «Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, sobre o regime geral das infracções tributárias (Artigos 7.º, 12.º a 22.º, 87.º a 107.º)», Comentário da Leis Penais Extravagantes, Volume 2, Paulo Pinto de Albuquerque / José Branco (Org.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 388 e ss.

<sup>15</sup> Imposto Municipal sobre a Transmissão Onerosa de Imóveis.

<sup>16</sup> Imposto sobre o Redimento das Pessoas Colectivas.

idoneidade da conduta para lesão ou para a colocação em perigo do bem jurídico. Não é necessário provar, pois, o real prejuízo das receitas tributárias.

No raciocínio que estamos a trilhar, é preciso questionar: o que é, por conseguinte, a Fraude Fiscal? Passemos agora então para outra questão. Qual é o momento da consumação da fraude tributária, fiscal? Com a liquidação? Ou com a entrega da declaração ao fisco na autoliquidação? Ou quando há recepção da declaração por parte do fisco? Ou, por omissão, quando o prazo termina? Não parece haver dúvidas quanto ao seguinte: não pode haver crime quando somente se preenche mal a declaração, sob pena de, por absurdo, ser crime a mera detenção da declaração. Não poderia ser do ponto de vista dogmático. Não se pode dizer – por outro lado -, que é irrelevante o momento em que o contribuinte dá conhecimento (ou no termo do prazo que deveria dar) ao fisco de declaração fraudulenta pois só nesse exacto momento temporal que está a defraudar o fisco, a Fazenda Pública. E, deste modo, criando a possibilidade de diminuição das receitas tributárias. Além do mais, como já se viu antes, temos que estar perante um valor igual ou superior a €15.000. Esse é o valor que o legislador considera no presente momento. Era contudo mais prático, até para evitar futuras alterações da legislação, que referisse unidades de conta. Importante frisar é a ideia básica de que os valores a considerar – para consequência de ultrapassagem ou não daquele valor-limite – são os que constam ou devessem constar de “cada declaração” a apresentar à administração tributária. Estamos pois a falar de cada declaração a declarar, de modo formal, junto do fisco. Discutível é saber se tal “cláusula de valor” é, ou não é, uma condição objectiva de punibilidade. Será? Tal disputa tem uma relação muito próxima com o bem jurídico que se julga estar em apreço neste na incriminação da fraude tributária, fiscal e aduaneira, portanto. É uma “condição objectiva de punibilidade” no caso de estar em causa a tutela de valores como a verdade e a transparência fiscais e também a colaboração com a administração fiscal. Não é uma “condição objectiva de punibilidade” no caso de estar em causa a protecção do património. Pois se o comportamento alcançar o valor em causa, então o comportamento será típico, ilícito e, por sinal, doloso. No nosso entendimento está em causa, de modo muito simples, a recepção das receitas provenientes dos impostos, a sua arrecadação. Nada mais do que isso. Como já temos vindo a afirmar em diversas das nossas publicações.

Já na dimensão do tipo subjectivo, observamos a discussão entre o requerimento dos comportamentos visarem um prejuízo para as receitas fiscais ou,

afinal, um benefício ilegítimo do sujeito passivo. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade defendem que a expressão “visem” constitui um “dolo específico” ou uma intenção. Seria, pois, um elemento subjectivo adicional ao dolo do tipo. Ou seja, tal elemento subjectivo recairia sobre o efeito ou resultado que não estaria abrangido no tipo objectivo e estimularia a catalogação do tipo penal como “crime de intenção” ou “crime de resultado cortado” ou “tendência interna transcendente”. Já outros, como Augusto Silva Dias, defendem que a expressão “que visem” significa que sejam aptas a originar a fraude tributária, fiscal, pela idoneidade, aptidão, para gerar diminuição da receita fiscal. Defender esta tese do colega de Lisboa é ter a certeza que a aptidão é um elemento do tipo objectivo e não um elemento autónomo especial do tipo subjectivo. O que, salvo o devido respeito, nos suscita muitas dúvidas. Será mesmo? Certo é que tem que ser o Ministério Público a provar tal crime tributário e não o eventual arguido a ter que provar a sua inocência. De contrário, seria contra a Constituição (constitucional)<sup>17</sup>.

## 2.2. Discussão e apresentação de resultados: parte III

Façamos agora algumas breves notas ao crime de branqueamento de vantagens como por exemplo o branqueamento de capitais.

A fraude fiscal é portanto um dos crimes que pode dar origem ao crime de branqueamento, p. e p. no art. 368º/A do CP-Código Penal português<sup>18</sup>.

O crime de branqueamento, dentro do ordenamento jurídico português, é p. e p. no art. 368º/A do C.P., o qual reza assim: “1 - Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, dos factos ilícitos típicos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infracções referidas no nº 1 do artigo 1º da Lei nº 36/94, de 29 de Setembro, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos, assim como os bens que com eles se obtenham./ 2 -

<sup>17</sup> Cfr. art.s 25º e 26º e ss. da CRP-Constituição da República Portuguesa.

<sup>18</sup> Bandeira, Gonçalo N.C.S. de Melo. “O Crime de “Branqueamento” e a Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico Português no contexto da União Europeia: novos desenvolvimentos e novas conclusões”. In AA.VV., Coordenação de Nascimento Silva, Luciano; Bandeira, Gonçalo N.C. Sopas de Melo. *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira*. Editora Juruá, www.jrua.com.br, Lisboa, Portugal, 2010, pp. 555-668 e *passim*. Já antes em 2009, “O Crime de Lavagem de Dinheiro...”. Editora Juruá, Curitiba.

Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, é punido com pena de prisão de 2 a 12 anos./ 3 - Na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos./ 4 - A punição pelos crimes previstos nos n.ºs 2 e 3 tem lugar ainda que os factos que integram a infracção subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, ou ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores./ 5 - O facto não é punível quando o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e a queixa não tenha sido tempestivamente apresentada./ 6 - A pena prevista nos n.ºs 2 e 3 é agravada de um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual./ 7 - Quando tiver lugar a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância, a pena é especialmente atenuada./ 8 - Verificados os requisitos previstos no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada se a reparação for parcial./ 9 - A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens./ 10 - A pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens”. É, pois, um crime secundário, o qual tem por origem um crime primário. E o crime primário pode ser, como já várias vezes afirmámos, o crime de fraude fiscal.

Ambos os crimes antes referidos também podem dar origem ao crime de terrorismo.

Ora, num mundo que apesar de se ter tornado mais pequeno por causa das novas tecnologias e facilidades no transporte – embora, ao mesmo tempo, surja um novo mundo virtual infinito, continua a ser muito grande, como é possível controlar a fraude fiscal e o branqueamento de capitais internacionais? Nós diríamos que é impossível. Já está contudo ao nosso alcance tentar atenuar os efeitos, nomeadamente prevenindo a fraude fiscal e o branqueamento de capitais a níveis que possam ser o mais

baixos possíveis. Inclusive prevenindo também, claro está, o terrorismo, o qual também precisa de financiamento.

As listas de paraísos fiscais são muito díspares e muito variadas. Mas é precisamente na confusão da disparidade e variação que não existe sequer um consenso internacional sobre quais são os exactos limites legais em relação aos paraísos tributários e/ou fiscais<sup>19</sup>.

Veja-se aliás o que refere o ponto n.º 1 da Directiva (EU) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Directiva 2006/70/CE da Comissão<sup>20</sup>, o que sintetiza bem o problema:

Os fluxos de dinheiro ilícito podem prejudicar a integridade, a estabilidade e a reputação do setor financeiro e ameaçar o mercado interno da União e o desenvolvimento internacional. O branqueamento de capitais, o financiamento do terrorismo e o crime organizado permanecem problemas significativos que deverão ser tratados ao nível da União. A acrescer à intensificação do desenvolvimento de uma abordagem baseada no direito penal à escala da União, a prevenção orientada e proporcionada do uso do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo é indispensável e pode produzir resultados complementares.

Ainda dentro desta directiva europeia é importante destacar o ponto n.º 32 como chamada de atenção do problema conexo da corrupção:

É nomeadamente o caso das relações estabelecidas com pessoas que exercem ou exerceram funções públicas importantes, na União ou a nível internacional, em especial quando essas pessoas forem oriundas de países em que a corrupção é generalizada. Tais relações podem expor o setor financeiro, em particular, a riscos significativos jurídicos e de reputação. Os esforços envidados a nível internacional para combater a corrupção justificam também a necessidade de dar particular atenção a essas pessoas e de aplicar medidas adequadas de diligência reforçada quanto à clientela no que diz respeito às pessoas que exercem ou exerceram funções públicas

---

<sup>19</sup> Esta é apenas uma das inúmeras listas que podemos encontrar na própria rede virtual: <<http://www.economias.pt/lista-de-paraisos-fiscais/>>, [15 abril 2016]

<sup>20</sup> Publicada no Jornal Oficial da União Europeia, 5/6/2015, pp. L 141/73 e ss.

proeminentes no território nacional ou no estrangeiro, bem como aos membros de órgãos executivos de organizações internacionais.

Embora achamos que a palavra “combate” continua a não ser a mais correcta em termos do Direito penal e processual penal português que visa, sim senhora, a retribuição, mas integrada na prevenção geral positiva, como reafirmação das normas jurídicas, e sobretudo princípios jurídicos, depois de violados. Mas também a prevenção especial positiva, como ressocialização ou reintegração do autor do respectivo crime. Neste desiderato, sem pena de morte, sem prisão perpétua, não tem sentido falar em “combate”. Já sim, isso sim, também tem sentido em falar em legítima defesa, desde que preenchidos os pressupostos. Nomeadamente se estão em causa situações de terrorismo e de segurança nacional e internacional, nos caminhos da paz e da Justiça. Pois uma “pax romana” de características apodrecidas, não levará a lado nenhum.

A corrupção é por conseguinte também, uma pedra angular de toda esta sistematização problemática. A corrupção facilita o crime de terrorismo e o crime de terrorismo pode também favorecer a corrupção, seja por colaboração, seja até pelo simples medo. Imagine-se agora a profundidade das inter-relações entre crime organizado e terrorismo. A situação ainda se complica mais. Aliás, se existe uma verdadeira vontade de acabar com o terrorismo, comece-se com o fim duma vez por todas dos paraísos fiscais que continuam a pulular, quer o mundo terrestre, quer o mundo virtual.

A fraude fiscal, o branqueamento de capitais, a corrupção internacional e, claro está, o terrorismo, são partes, por conseguinte, do mesmo problema económico, social, político, cultural e, portanto, também mental e jurídico. O neoliberalismo como capitalismo selvagem é o sistema económico que mais irá favorecer o “terrorismo do profetismo fanático religioso”, pois este último utiliza precisamente os canais de comunicação económica, social, política e cultural, do primeiro, e até agradece tanta facilidade em se implantar<sup>21</sup>.

Assim consta do art. 4º da chamada “Lei de Combate ao Terrorismo”, o qual define o “terrorismo”<sup>22</sup>:

Artigo 4.º Terrorismo

---

<sup>21</sup> Bandeira, Gonçalo S. de Melo, Prevenção do Terrorismo vs Neoliberalismo, Diário do Minho, 30/1/2015, p. 18.

<sup>22</sup> Lei nº 52/2003, de 22 de Agosto, com alterações até à Lei nº 60/2015, de 24 de Junho.

1. Quem praticar os factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela, não podendo a pena aplicada exceder o limite referido no n.º 2 do artigo 41.º do Código Penal.
2. Quem praticar crime de furto qualificado, roubo, extorsão, burla informática e nas comunicações, falsidade informática, ou falsificação de documento com vista ao cometimento dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, é punido com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.
3. Quem, por qualquer meio, difundir mensagem ao público incitando à prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.
4. Quando os factos previstos no número anterior forem praticados por meio de comunicação eletrónica, acessíveis por Internet, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.
5. Quem, com o propósito de ser recrutado para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, aceder ou obtiver acesso, através de sistema informático ou por qualquer outro meio, às mensagens aludidas no n.º 3 e delas fizer uso na prática dos respetivos atos preparatórios, é punido com pena de prisão até 3 anos ou multa até 360 dias.
6. Quem, por qualquer meio, recrutar outrem para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.
7. Quem, por qualquer meio, treinar ou instruir outrem sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos e técnicas específicos para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.
8. Quem, em reunião pública, através de meio de comunicação social, por divulgação de escrito ou outro meio de reprodução técnica, recompensar ou louvar outra pessoa, grupo, organização ou associação pela prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, de forma adequada a criar perigo da prática de outro crime da mesma espécie, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.
9. Quando os factos previstos no número anterior forem praticados por meios de comunicação eletrónica, acessíveis por Internet, o agente é punido com pena de prisão até 4 anos ou com pena de multa até 480 dias.

10. Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista ao treino, apoio logístico ou instrução de outrem para a prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos.

11. Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista à adesão a uma organização terrorista ou ao cometimento de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos.

12. Quem organizar, financiar ou facilitar a viagem ou tentativa de viagem previstas nos números anteriores, é punido com pena de prisão até 4 anos.

13. A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

### 3. Conclusões

Se no caso do crime de fraude fiscal estamos perante a tutela da recepção de receitas, a sua arrecadação – e nada mais do que isso – já no caso crime de branqueamento sobressai a protecção da confiança na origem lícita de determinadas vantagens, como por exemplo os capitais. Mas também a chamada “Realização da Justiça” ou inclusive a “Paz Pública”. Com a “neoliberalização” da fraude fiscal e do branqueamento de capitais, num casino mundial, é difícil existir paz que resista. A violação dos Direitos Humanos, tornou-se num terrorífico “passatempo” em algumas zonas geográficas do nosso colorido globo.

Entre o crime de fraude fiscal e o crime de branqueamento de vantagens como capitais, pode, como é lógico, ocorrer um concurso real de crimes em que as penas devem ser somadas a final. Tudo depende também, não apenas dos bens jurídicos em questão – que são diferentes -, mas também do número de resoluções interiores aos agentes. Tanto o crime de fraude fiscal, como o crime de branqueamento de capitais, e ainda o crime de terrorismo, podem ser praticados por organizações, “pessoas colectivas”. No caso da fraude fiscal, é necessário “somar” o art. 7º do RGIT com o art. 103º do RGIT. No caso do crime de branqueamento, é necessário “somar” o art. 368º/A do Código Penal português com o art. 11º do mesmo CP. O que permite concluir que é mais fácil imputar a responsabilidade pelo crime de fraude fiscal do que pelo crime de

branqueamento.<sup>23</sup> Ambos os crimes estão incluídos na corrupção em sentido amplo e ambos têm forte repercussão internacional, mundial. Por certo, haverá paraísos fiscais em Marte também, um dia! Ora, o terrorismo, um dos melhores amigos dos crimes anteriores, fica todo contente para continuar a dar um ar da sua graça bem no meio deste sistema económico capitalista em que vivemos. No momento em que escrevemos este texto, bem nos podemos perguntar quando é que será e onde o próximo atentado terrorista com envergadura e projecção internacional? Para os crentes, Deus no guarde; para todos, crentes e não crentes, a ciência, em particular as ciências humanas e jurídicas, como a História, a Geografia, o Direito, devem ajudar sobretudo na prevenção de todos estes tipos de criminalidades que foram enunciados. O Direito penal ou criminal aparece como ultima ratio, e por isso mesmo é na prevenção que pode estar a grande parte, com certeza, da solução.

### Referências Bibliográficas

AA.VV. *Regime Geral das Infracções Tributárias e Regimes Sancionatórios Especiais Anotados*. Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

Bandeira, Gonçalo N.C.S. de Melo. *Responsabilidade Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos § à volta das sociedades comerciais ou sociedades civis sob a forma comercial*. Tese de dissertação de mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Editora Almedina, Coimbra, 2004 (P.S.: confrontar a bibliografia mencionada neste livro e que está relacionada com o direito penal fiscal).

----- “O Crime de “Branqueamento” e a Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico Português no contexto da União Europeia: novos desenvolvimentos e novas conclusões”. In Nascimento Silva, Luciano; Bandeira, Gonçalo N.C.

---

<sup>23</sup> Bandeira, Gonçalo N.C.S. de Melo. *Responsabilidade Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos § à volta das sociedades comerciais ou sociedades civis sob a forma comercial*. Tese de dissertação de mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Editora Almedina, Coimbra, 2004 (P.S.: confrontar a bibliografia mencionada neste livro e que está relacionada com o direito penal fiscal); Bandeira, Gonçalo S. de Melo. “A designada “Responsabilidade das pessoas colectivas e equiparadas” no contexto do presente ordenamento jurídico luso e do “regime geral das infracções tributárias”. In: *A Fiscalidade como Instrumento de Recuperação Económica*», «Respostas Fiscais à Crise no Espaço Europeu», «Receita Fiscal e Garantia dos Contribuintes», «Impacto das ‘Reformas’ na Recuperação Económica». Centro de Investigação em Contabilidade e Fiscalidade, Editorial Vida Económica, Lisboa, pp. 316-342, 2011; Bandeira, Gonçalo S. de Melo. *Abuso de Informação, Manipulação do Mercado e Responsabilidade Penal das “Pessoas Colectivas” § “Tipos Cumulativos” e Bens Jurídicos Colectivos na “Globalização”*. 4ª Edição. Editora Juruá, Lisboa, Portugal, 2015.

- Sopas de Melo (Coords). *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira*. Lisboa, Portugal: Editora Juruá, 2010, pp. 555-668.
- “A “origem” e o actual crime luso de fraude fiscal: alguns problemas de Direito penal § The “origin” and current portuguese crime of tax fraud: some problems of criminal law”. In *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, N.º 14, Porto, pp. 63-80, 2011.
- “A designada “Responsabilidade das pessoas colectivas e equiparadas” no contexto do presente ordenamento jurídico luso e do “regime geral das infracções tributárias”. In: *A Fiscalidade como Instrumento de Recuperação Económica*, «Respostas Fiscais à Crise no Espaço Europeu», «Receita Fiscal e Garantia dos Contribuintes», «Impacto das ‘Reformas’ na Recuperação Económica. Centro de Investigação em Contabilidade e Fiscalidade, Editorial Vida Económica, Lisboa, pp. 316-342, 2011.
- (2013, edição e distribuição). “Anotação sintética, numa perspectiva de Direito Público, ao Acórdão n.º 63/2006, em Plenário, do Tribunal Constitucional (português), de 24 de Janeiro de 2006 – qual proibição constitucional de impostos retroactivos? A tese de Oliveira Salazar”. In: *Revista Jurídica da Unicuritiba*, Curitiba, Brasil, Volume I, nº 30, 2013, ISSN 2316-753X, pp. 5-20.
- *Abuso de Informação, Manipulação do Mercado e Responsabilidade Penal das “Pessoas Colectivas” § “Tipos Cumulativos” e Bens Jurídicos Colectivos na “Globalização”*. 4ª Edição, Editora Juruá, Lisboa, Portugal, 2015.
- “Prevenção do Terrorismo vs Neoliberalismo”. *Diário do Minho*, 30 janeiro 2015.
- *Responsabilidade Financeira e Criminal § Direitos Constitucionais Sociais, Dinheiros Públicos e Recuperação de Activos*. Editora Juruá, Lisboa, 2015.
- Catarino, João Ricardo; Victorino, Nuno. *Infracções Tributárias, Anotações ao Regime Geral*. Coimbra Editora, 3ª Edição, 2012.
- Costa, Cardoso da; Figueiral, Joaquim. *O recurso para os tribunais judiciais da aplicação das Coimas pelas autoridades administrativas*. Ciência e Técnica Fiscal, N.º. 366.
- Leitão, Hélder Martins. *Regime Geral das Infracções Tributárias*. Anotado e Comentado, Editora Almeida&Leitão, Porto, 2012.

- Marques, Paulo. *Infracções Tributárias, Volume I – Investigação Criminal e Volume II – Contra-ordenações*. Ministério das Finanças e da Administração Pública, 2007.
- Paiva, Carlos. *Das infracções Fiscais à sua Perseguição Processual*. Almedina, 2012.
- Silva, Germano Marques da. *Direito Penal Tributário § Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos Seus Administradores Conexas com o Crime Tributário*. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009.
- Silva, Isabel Marques Da. *Regime Geral das Infracções Tributárias*. 3ª Ed., Coimbra, Editora Almedina, 2010 (a 5ª Edição de 2015 é uma reimpressão da de 2010).
- Teixeira, Glória; Azevedo, Patrícia Anjos (Coords). *Códigos Anotados & Comentados. CIVA*, Lexit/O Informador Fiscal, Edição de Abril de 2015.
- Teixeira, Carlos; Gaspar, Sofia. “Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, sobre o regime geral das infracções tributárias (Artigos 7.º, 12.º a 22.º, 87.º a 107.º)”. In: Albuquerque de, Paulo Pinto; Branco, José (Org.). *Comentário da Leis Penais Extravagantes*. Volume 2, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 388 e ss.
- Valentim, Carlos e Cardoso, Paulo. *Roteiro der Justiça Administrativa*. Edições Vida Económica, 2011.



# O FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS E A MINIRREFORMA ELEITORAL BRASILEIRA DE 2015

## THE FINANCING OF ELECTION CAMPAIGNS AND THE BRAZILIAN ELECTORAL MINIRREFORMA OF 2015

Glauco Alves Mendes  
*Universidade de Salamanca*

**Resumo:** O tema do financiamento das campanhas eleitorais sempre despertou interesse e questionamentos por parte da sociedade civil brasileira e dos órgãos de controle, notadamente pela presença constante no cenário político/eleitoral brasileiro do financiamento ilícito e paralelo das campanhas eleitorais, popularmente conhecido como caixa 2. Com a publicação da Lei 13.165/2015, o Direito Eleitoral Brasileiro sofreu importantes modificações em alguns dos diplomas legais, dentre estes a Lei 9.504/1997, que dispõe sobre as Eleições, a Lei 9.096/1995, denominada Lei dos Partidos Políticos e, também, a Lei nº 4.737/1965, o Código Eleitoral, e, dentre as modificações de maior relevância, ressaí a do término do financiamento empresarial das campanhas eleitorais. O questionamento que se apresenta, então, é se o fim do financiamento empresarial acarretará o fim do caixa 2, ou se, ao revés, ainda se identifica, na legislação eleitoral brasileira, campo fértil para essa prática.

O presente artigo visa assim abordar a respeito da mencionada alteração e seus impactos sobre as eleições no Brasil em 2016, avançando para discorrer sobre a necessidade de criminalização dessa prática tão amplamente difundida, não obstante severamente nociva ao Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Direito Eleitoral, Lei 13.165/2015, Minirreforma Eleitoral, Modificações, Financiamento de Campanhas Eleitorais, Caixa 2, Eleições 2016.

**Abstract:** The issue of financing of election campaigns always aroused interest and questions from the Brazilian civil society and control bodies, notably the constant presence in the Brazilian political / electoral scene illicit financing and parallel election campaigns, popularly known as box 2. With the publication of Law 13.165 / 2015, the Electoral Law Brazilian suffered significant changes in some of the legal instruments, among them the Law 9.504 / 1997, which provides for the Elections, Law 9.096 / 1995, called Law on Political Parties and also Law n. 4.737 / 1965, the electoral Code, and, among the most relevant modifications, come true the end of the business financing of election campaigns. The question that presents itself, then, is the end of business financing will lead to the end of the housing 2, or, in reverse, still identifies in Brazilian electoral law, fertile ground for this practice.

This article thus aims to address the above mentioned changes and their impact on the elections in Brazil in 2016, advancing to discuss the need for criminalization of this practice so widespread, despite severely harmful to the democratic rule of law.

**Keywords:** Electoral Law, Law 13.165 / 2015, Electoral little reform, Modifications, Financing of Electoral Campaigns, Box 2, Elections 2016.

### 1. **Direito Eleitoral no Brasil**

Antes de qualquer esforço intelectual ou de compreensão, urge situar o conceito de Direito Eleitoral no Brasil.

Com o objetivo de traduzir em palavras o vem a ser o Direito Eleitoral no Brasil, recorre-se à doutrina de Joel José Cândido<sup>1</sup>:

Direito Eleitoral é o ramo do Direito Público que trata de institutos relacionados com os direitos políticos e das eleições, em todas as suas fases, como forma de escolha dos titulares dos mandatos eletivos e das instituições do Estado.

Em conclusão, afirma-se que o Direito Eleitoral tem por escopo examinar a efetivação dos princípios relacionados às eleições e a normatização respectiva.

Assim, de início, para melhor sistematização do tema, examinam-se os princípios tipicamente de Direito Eleitoral no Brasil:

1. Princípio da Democracia;
2. Princípio da Anualidade Eleitoral;
3. Princípio da Responsabilidade Solidária entre candidatos e partidos políticos;
4. Princípio da Igualdade ou Isonomia;
5. Princípio do Sufrágio Universal; Princípio da Liberdade de Propaganda Eleitoral;

Já como princípios aplicáveis ao Direito Eleitoral, tem-se:

- I. Princípio da Legalidade;
- II. Princípio da Tipicidade Conglobante

Sobreditos princípios servem como base de sustentação para a interpretação dos direitos postos no ultrapassado, mas ainda vigente, Código Eleitoral Brasileiro, como servem para nortear toda a aplicação do Direito, em sede eleitoral, no que tange aos dispositivos que se fazem incluir nas Resoluções do TSE e na legislação eleitoral extravagante.

Portanto, é de se concluir que<sup>2</sup>:

a liberdade que temos hoje, galgada com muito sacrifício, de votar e ser votado, o necessário respeito ao interesse público e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, são estabelecidos por regramentos e da conjugação de princípios estruturais de todo o ordenamento jurídico, notadamente o da seara eleitoral, a serem adotados como critérios de validade dos atos e das decisões judiciais e políticas, apontando sua adequação ou sua desconformidade.

---

<sup>1</sup> Cândido, Joel. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 13a ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2008.

<sup>2</sup> Júnior, Aldo Ferreira da Silva. *Direito Eleitoral Brasileiro: Temas Contemporâneos*. São Paulo: Editora. 2014, p. 31.

No Brasil, o Direito Eleitoral é entendido, como:

...um ramo autônomo do Direito Público, não só por descender do Direito Constitucional, mas, sobretudo, em virtude das características que lhes são peculiares. Embora seja difícil conceituar qualquer disciplina jurídica, pode-se dizer que o Direito Eleitoral é o ramo do Direito destinado a estudar os sistemas eleitorais e sua legislação, isto é, o Direito Eleitoral é encarregado de regulamentar os direitos políticos dos cidadãos e o processo eleitoral, em todas as suas fases, como forma de escolha dos titulares dos mandatos eletivos e das instituições do Estado.<sup>3</sup>

A forma de governo no Brasil é a presidencialista, o regime de governo é a democracia de representação, com base na soberania do povo e o sufrágio popular é exercido livremente pela via do voto, universal e secreto.

O sistema eleitoral no Brasil contempla a eleição majoritária de candidatos ao Poder Executivo e a proporcional para candidatos ao Poder Legislativo, de lista aberta.

As fontes do Direito Eleitoral Brasileiro são o Código Eleitoral de 1950, diversas leis eleitorais esparsas, as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, todas submetidas à pirâmide normativa em cujo vértice situa-se a Constituição Federal de 1988.

Na Constituição Federal estão dispostos os direitos políticos, a exemplo do direito ao sufrágio, ao voto nas eleições, plebiscitos, referendos, a iniciativa popular de lei, ação popular e organização e participação de partidos políticos.

No sistema eleitoral brasileiro, a representação partidária adquire especial relevância, sendo objeto de críticas acirradas dos estudiosos do Direito Eleitoral e da Ciência Política. Cuida-se do sistema proporcional puro, no qual o eleitor escolhe e vota diretamente nos candidatos vinculados a determinado partido ou pela coligação, ou apenas na legenda.

A crítica se direciona ao modelo de representação partidária adotado que não prestigia o fortalecimento da unidade do partido, vez que a relação eleitor/candidato se estabelece de maneira direta, figurando o partido como mero coadjuvante dessa relação. De outra banda, observa-se que é o poder econômico/financeiro do candidato que tem ditado a possibilidade de ser eleito, já existindo pesquisas que estimam o valor a ser

---

<sup>3</sup> Filho, Luiz Gonzaga Pereira de Melo. *Conteúdo Jurídico* [em linha]. Brasil: act. 2013. <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/o-direito-eleitoral-e-sua-evolucao-historica/45516.html>> [25 julho 2016].

despendido por cada candidato, em termo global e por eleitor, levando-se em conta o cargo eletivo almejado.

Neste contexto, desprezia-se a fidelidade partidária, ao tempo em que a ideologia do partido passa a ser a dos interesses de ocasião.

O reflexo da pulverização de partidos políticos é francamente sentido no seio do Congresso Nacional, no qual os conchavos políticos dão azo à formação de blocos partidários resultantes de coalisões que visam assegurar, em verdade, maior fatia de poder aos partidos e não a efetiva representação de ideologias diferentes.

Em contraposição a este estado de coisas, já vinha sendo discutida a proposta de reforma política, e a adoção de mecanismos jurídicos pontuais que visassem resguardar a autonomia partidária, a exemplo da cláusula de barreira, da verticalização e do voto distrital.

Na esteira, discutiu-se também o financiamento público de campanhas eleitorais, notadamente em virtude dos recentes escândalos que assolaram o País, a exemplo da Operação Lava Jato, que descortinou uma movimentação financeira ilícita, com recursos da empresa estatal de petróleo do País, a Petrobrás, para alimentar, com supostas doações lícitas, o caixa da campanha de diversos partidos.

Para concretização do Direito Eleitoral, estrutura-se no Brasil a Justiça Eleitoral, com estrutura básica definida na Constituição Federal nos art. 118 a 121, e composta por Órgãos especializados. A Justiça Eleitoral integra o Judiciário Federal, com organização, regras e competências específicas.

A Justiça Eleitoral é integrada pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE –, com sede na capital da República e jurisdição em todo o território nacional, pelos Tribunais Regionais Eleitorais – TRE's, que são instalados em cada uma das capitais brasileiras e também no Distrito Federal, e, pelos Juízes e Juntas Eleitorais, com poder jurisdicional em suas respectivas zonas.

## **2. A Minirreforma Eleitoral de 2015**

Em resposta aos reclamos da classe política e da sociedade brasileira no sentido do aprimoramento de questões eleitorais pontuais e nevrálgicas, foi publicada, em 2015, a Minirreforma Eleitoral, cuja aplicação se efetivará para as eleições brasileiras de 2016.

Diversos foram as alterações objeto da Minirreforma citada, destacando-se o a proibição do financiamento das campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, um dos principais pontos, e sobre o qual se objetiva discorrer.

Inicialmente, cumpre registrar que, no Brasil, o financiamento das campanhas eleitorais é misto, com doações e colaborações tanto de pessoas físicas, como com o aporte de recursos públicos destinados ao Fundo Partidário, assim como às emissoras de rádio e televisão, por meio de compensações fiscais, quanto aos programas eleitorais transmitidos.

O financiamento das campanhas eleitorais é tema bastante atual no Brasil, como ressaltado acima, notadamente diante dos recentes escândalos de corrupção, com a utilização de recursos da petroleira estatal, descobertos na bem articulada operação Lava Jato, e que propiciaram não só campanhas eleitorais de políticos brasileiros, mas a própria manutenção no poder de um partido político.

A problemática do financiamento das campanhas eleitorais, especificamente em referência ao seu viés de utilização ilícita, aparece em outro momento histórico do Brasil, também em grande caso de corrupção, o denominado "mensalão", e, ainda, em passado mais distante, embora também recente da história brasileira, na chamada CPI dos Anões do Orçamento. Como bem pontuou o ex-diretor da Petrobrás, Paulo Roberto Costa, em sua colaboração premiada na operação Lava Jato, não há doações legais no Brasil, mas sim "empréstimos a serem cobrados posteriormente a juros altos dos beneficiários das contribuições quando no exercício dos cargos".

Excelente paper sobre o tema, *The Spoils of Victory: Campaign Donations and Government Contracts in Brazil*, de autoria de Taylor C. Boas da Boston University, F. Daniel Hidalgo do Massachusetts Institute of Technology, Neal P. Richardson da University of California, Berkeley<sup>4</sup>, conseguiu demonstrar, com eloquência, em estudo de rigor metodológico e científico, a ilícita interface entre as empresas doadoras de campanha ao Partido dos Trabalhadores no Brasil e seu favorecimento posterior na celebração de contratos com entidades da Administração Pública brasileira.

O referido paper menciona, em seu resumo, que:

When firms give money to candidates for public office, what return can they expect on their investment? Prior studies have been inconclusive, due to both methodological challenges and unique features of the U.S. political context on which they have focused. Using data from Brazil, we employ a regression discontinuity (RD) design to identify the effect of an electoral victory on government contracts for a candidate's corporate donors. Firms specializing in public-works projects can expect a substantial

---

<sup>4</sup> Boas, Taylor C.; Hidalgo, F. Daniel.; Richardson, Neal P. *The Spoils of Victory: Campaign Donations and Government Contracts in Brazil* [em linha]. <[http://www.mit.edu/~dhidalgo/papers/political\\_investment\\_2014.pdf](http://www.mit.edu/~dhidalgo/papers/political_investment_2014.pdf)> [15 agosto 2016].

boost in contracts—at least 14 times the value of their contributions—when they donate to a federal-deputy candidate from the ruling Workers’ Party (PT) and that candidate wins office. We find no effects among allied parties, indicating that the PT prioritizes this form of state spending for party strengthening rather than coalition management.” (Em tradução livre: Quando as empresas dão dinheiro para candidatos a cargos públicos, qual o retorno que eles podem esperar do seu investimento? Estudos anteriores foram inconclusivos, em razão dos desafios metodológicos e das características únicas do contexto político dos EUA sobre o qual eles se centraram. Usando dados do Brasil, nós empregamos uma concepção de descontinuidade regressiva (RD) para identificar o efeito de uma vitória eleitoral sobre os contratos do governo para os doadores corporativos de um candidato. Empresas especializadas em projetos de obras públicas podem esperar um impulso substancial nos contratos - pelo menos 14 vezes o valor das suas contribuições quando doarem para um candidato federal, - deputado integrante do Partido dos Trabalhadores (PT) e esse candidato consiga se eleger. Nós não identificamos o mesmo efeito entre os partidos aliados, indicando que o PT prioriza esta forma de gastos do estado para o maior fortalecimento do partido do que da gestão de coalizão.)

Em linha com as constatações do referido paper, seguindo a tendência mundial de vedação de financiamento de campanhas eleitorais por empresas foi introduzida a modificação de maior importância que se verifica na minirreforma eleitoral de 2015, respeitante ao tema do financiamento das campanhas eleitorais, e que diz respeito, portanto e justamente, à vedação do financiamento por pessoas jurídicas, ou do financiamento empresarial.

Nessa ordem de ideias, seguiu-se, nas alterações procedidas pela minirreforma eleitoral de 2015, o fim do financiamento empresarial de campanhas eleitorais por partidos políticos, em linha com o já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.650, em 17/09/2015, o qual declarou a inconstitucionalidade do financiamento de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

O veto do artigo que permitia sobredito financiamento, de autoria da então Presidente da República ainda no exercício do cargo, Dilma Rousseff, teve como justificativa que o financiamento empresarial de campanhas eleitorais “confrontaria a igualdade política e os princípios republicano e democrático”.

Após submissão do veto ao Congresso Nacional, foi este mantido, resultando na impossibilidade do financiamento empresarial de campanhas eleitorais.

Contudo, pairam dúvidas na doutrina se o fim do financiamento empresarial das campanhas eleitorais terá, efetivamente, o condão de impedir o denominado caixa 2 das campanhas eleitorais, ou se referida proibição não passa apenas de maquiagem legislativa, com a finalidade de aplacar o clamor social diante da deficiente proteção estatal construída nessa seara.

A questão, portanto, do mau uso do dinheiro e seus consectários lógicos de violação de princípios constitucionais e regras legais, é que fundamenta o clamor social pela normatização mais severa sobre a matéria, na certeza de que as atividades políticas dificilmente se sustentariam sem a injeção de capital.

Esse clamor social por impor freios ao uso do dinheiro no financiamento das campanhas eleitorais encontra precedente na Lei da Ficha Limpa, ao modificar a Lei Complementar n. 64/1990, e estatuir como inelegíveis para qualquer cargo a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais em razão da decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral (artigo 1º da LC 64/90).

O que se busca, assim, é por fim e termo a que o poder econômico influencie, de maneira desigualitária, nas campanhas eleitorais, violando princípios de legalidade, isonomia, maculando a liberdade de escolha do eleitor.

### **3. As brechas normativas que favorecem o financiamento ilícito das campanhas eleitorais, não corrigidas na minirreforma eleitoral de 2015**

Entretanto, brechas normativas ainda permanecem na legislação e favorecem a captação ilícita de sufrágio por abuso do poder econômico, senão vejamos:

1) a minirreforma eleitoral de 2015, trouxe a fixação de limites de gastos para as campanhas eleitorais, mas de forma tal que preservada a possibilidade de gastos milionários, pois definiu para as eleições de 2016, as normas orientadoras dos limites de gastos em cada município, estado e União, cabendo ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) determinar esses limites a cada eleição, com base nos critérios de atualização legalmente previstos.

Resumidamente, em se tratando de eleição para prefeito, o limite de gastos atenderá e tomará por base os gastos declarados, em cada município, na eleição realizada no ano de 2012, ficando-se o percentual de 70% (setenta por cento) do maior gasto declarado nos municípios em que houve somente um turno, e em 50% (cinquenta por cento) do maior gasto declarado nos municípios em que houve dois turnos.

Será de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o limite de gastos para prefeito nos municípios com até dez mil eleitores, independentemente do valor definido pelo critério anteriormente mencionado.

Ocorrendo o segundo turno, o limite de gastos para as novas despesas passará para 30% (trinta por cento) sobre o valor definido para o primeiro turno.

Tendo em conta a eleição de vereador, o limite de gastos será de 70% (setenta por cento) do maior valor declarado no respectivo município na eleição realizada no ano de 2012, fixando-se em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) na hipótese do município ter menos de 10.000 (dez mil) eleitores.

Em qualquer caso o menor limite de gastos será de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para prefeito e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para vereador, mesmo quando o valor calculado pelos parâmetros anteriores for menor e o município tiver mais de 10.000 (dez mil) eleitores.

A atualização se efetivará pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE ou por índice que o substituir, tendo-se como marco inicial o mês de outubro de 2012 e final o mês de junho de 2016.

2) ainda em relação à movimentação financeira no processo eleitoral, assinala-se que as doações por pessoas físicas são permitidas até dez por cento do que faturaram no ano de 2015, não do seu patrimônio, sujeitando-se o doador à multa de 5 a 10 vezes a mais do excedente que doar.

3) com a minirreforma eleitoral de 2015, não houve restrição ou vedação de gastos com a pré-campanha, muito menos a possibilidade de que o pré-candidato conceda entrevista ou faça evento fechado. Somente não poderá, por óbvio, em qualquer hipótese, pedir voto.

4) a minirreforma eleitoral de 2015 não modificou a maneira pela qual se operacionaliza a captação de recursos pela internet, disciplinada na Lei 12.034/09, que acresceu ao artigo 23 da Lei das Eleições, dispositivos que impedem o controle efetivo do financiamento de campanhas eleitorais por essa via.

Com efeito, a utilização da internet como meio de financiamento de campanhas eleitorais exige apenas a identificação do doador e a emissão obrigatória de recibo eleitoral.

Ocorre que, no artigo parágrafo sexto do mencionado artigo 23 da Lei das Eleições, há a previsão de que na hipótese de doações realizadas por meio da internet, as

fraudes ou erros cometidos pelo doador sem conhecimento dos candidatos, partidos ou coligações não ensejarão a responsabilidade destes nem a rejeição de suas contas eleitorais.

Sobredito dispositivo encerra assim indiscutível maneira de financiamento de campanhas eleitorais, de vasta amplitude, pois se utiliza da via eletrônica, por intermédio da internet, que não contempla meio de controle mínimo dos recursos arrecadados, eis que isenta de responsabilidade os destinatários desses recursos – sejam eles, candidatos, partidos ou coligações – na hipótese de ocorrência de erros ou fraudes, desde que desconheçam essa situação. Assim, sequer as respectivas prestações de contas daqueles poderão ser rejeitadas.

Nesse ponto abre-se o questionamento a respeito da brecha normativa que se apresenta, pois eventual ilicitude no financiamento de campanhas eleitorais por essa via não possibilitará a desaprovação das contas dos seus donatários.

O financiamento das campanhas eleitorais, portanto, ainda está longe de evitar a ocorrência de ilicitudes, como aduzido acima, caso o doador físico utilize regulamente o meio jurídico normatizado da internet.

#### 4. **O caixa 2**

Por outro lado, certamente o maior desafio que se impõe é evitar a existência do denominado caixa 2, ou financiamento paralelo da campanha eleitoral, o qual se constitui, obviamente, em prática ilegal.

Sobre esse ponto em particular, somente uma maior integração dos órgãos de controle, na troca de informações constantes dos seus acervos e bancos de dados, será capaz de mapear, eventualmente, transações financeiras ilícitas, caracterizadoras de caixa 2.

De outra parte, a redução das siglas partidárias, proposta que ora tramita no Congresso Nacional, pode ser uma via de conferir maior controle sobre o financiamento de campanhas eleitorais, já que possibilitará a diminuição dos acertos e conchavos com o objetivo de angariar maior tempo de propaganda política no rádio e na televisão, extirpando-se, outrossim, do cenário político, os denominados partidos de aluguel.

Por seu turno, cumpre ressaltar a importância de se conferir sempre maior transparência aos gastos efetivados na campanha eleitoral, de modo que a sociedade civil, por seus integrantes individualmente, ou de maneira organizada, seja capaz de

verificar a equivalência dos custos reais com a campanha eleitoral e aqueles formalmente declarados. Nesse contexto, o cidadão se apresenta como o fiscal social por excelência.

Mas, certamente, uma das grandes estratégias de maior importância para se coibir o denominado caixa 2 no financiamento das campanhas eleitorais, seja tipificar penalmente essa prática em sede eleitoral.

Com efeito, é inegável que a prática do caixa 2 – ou contabilidade paralela – no financiamento de campanhas eleitorais fere o próprio princípio da democracia, princípio constitucional estruturante, no qual se assenta a soberania e a representação popular.

De outra parte, não se olvida que o livre exercício do sufrágio é uma das formas de externalização de um direito fundamental: o de liberdade política.

Nesse contexto, traz-se à colação o princípio da proibição da proteção deficiente, (*untermassverbot*), para se sustentar a argumentação de uma necessária maximização da proteção de certos bens jurídicos, por via da sua tipificação penal, na premissa de aproximação do direito penal do direito constitucional.

Assim sendo, identifica-se duas vertentes no princípio da proibição da proteção deficiente, aquela respeitante à atuação positiva estatal, que impede a construção de normas desconectadas da realidade social e à relacionada à atuação negativa do Estado, ao denunciar a omissão do legislador quando não atua tipificando condutas que merecem um maior recrudescimento penal.

Em outras palavras, é a busca pelo garantismo positivo, que se traduz no endurecimento da atuação estatal com o objetivo de salvaguardar direitos fundamentais, através da tipificação de condutas socialmente relevantes e reprovadas.

Na esteira do aduzido acima, segue o julgado da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, no RE 635659 / SP, ao asseverar que, literal:

O tema em debate traz a lume contraposições acerca da proteção a direitos fundamentais. De um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança; de outra parte, o direito à intimidade e à vida privada. Nessa perspectiva, cabe examinar, como premissa de julgamento da norma impugnada, os parâmetros e limites do controle de constitucionalidade de leis penais, em especial daquelas cujo perfil protetivo tenha por finalidade a contenção de riscos, abstratamente considerados, a bens jurídicos fundamentais.

A Constituição de 1988 contém diversas normas que determinam, expressamente, a criminalização de um amplo elenco de condutas, conforme se observa nos seguintes incisos do art. 5º: “*XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; (...)*

(...)

É possível identificar, em todas essas normas, um mandato de criminalização dirigido ao legislador, tendo em conta os bens e valores objeto de proteção. Em verdade, tais disposições traduzem importante dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional. Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face do Poder Público, como, também, a garantir os direitos fundamentais contra agressão de terceiros.

Os direitos fundamentais não podem, portanto, ser considerados apenas como proibições de intervenção. Expressam, igualmente, um postulado de proteção. Utilizando-se da formulação de CANARIS, pode-se dizer que os direitos fundamentais contemplam não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbote*), como, também, uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbote*). (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*, JuS 1989, p. 161 (163).

Sob esse ângulo, é fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção, fundado nos direitos fundamentais, relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever estatal de tomar as providências necessárias à realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Nessa linha, as normas constitucionais acima transcritas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte, traduzido em mandados de criminalização expressos, dirigidos ao legislador.

Registre-se que os mandados de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. Outras Constituições adotam orientações assemelhadas (Constituição espanhola, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, c, e art. 55; Constituição italiana, art. 13; Constituição da França, art. 68; Lei Fundamental da Alemanha, art. 26, I). É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo catálogo de mandados de criminalização expressos de que se tem notícia. Por outro lado, além dos mandados

expressos de criminalização, a ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para definir a forma mais adequada de proteção a bens jurídicos fundamentais, inclusive a opção por medidas de natureza penal.

Nesse contexto, a tipificação penal de determinadas condutas pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma denominar de discricção legislativa. Cabe ressaltar, todavia, que, nesse espaço de atuação, a liberdade do legislador estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade, configurando a sua não observância inadmissível excesso de poder legislativo.

Em consonância com os reclamos sociais e em atenção à necessidade de maior atuação estatal com o objetivo de reprimir condutas de financiamento ilícito de campanhas eleitorais, extraída da experiência angariada notadamente na Operação Lava Jato, o Ministério Público Federal conclamou a sociedade brasileira a subscrever projeto de iniciativa popular que prevê 10 (dez) medidas contra a corrupção, sendo a de número 8 (oito), a que, diretamente, interessa a esse artigo, por dizer respeito à responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2.

Com efeito, no site eletrônico do Ministério Público Federal, se justifica a medida, nos termos seguintes, seguindo a respectiva proposta legislativa em anexo a esse artigo:

A medida é importante porque, até então, apenas os dirigentes (pessoas físicas) respondiam por eventuais crimes cometidos em benefício do partido. No mesmo sentido, propomos a criminalização do caixa 2, inclusive para as pessoas físicas diretamente envolvidas na movimentação e utilização desses recursos. A pena é de reclusão de 4 a 5 anos<sup>5</sup>.

Assim, resta aguardar o desfecho legislativo sobre o tema, esperando que o Congresso Nacional brasileiro, como representativo da soberania popular, acolha o posicionamento social adotado no referido projeto de lei de iniciativa popular, especialmente no que tange à penalização da prática ilícita do caixa 2 – ou contabilidade paralela – para financiamento das campanhas eleitorais.

---

<sup>5</sup> Ver: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>> [15 agosto 2016].

### Referências bibliográficas

- Almeida, Roberto Moreira. *Curso de Direito Eleitoral*. 3a ed. Salvador, BA: JusPodivm, 2010.
- Boas, Taylor C.; Hidalgo, F. Daniel.; Richardson, Neal P. *The Spoils of Victory: Campaign Donations and Government Contracts in Brazil* [em linha]. Act. 2015. <[http://www.mit.edu/~dhidalgo/papers/political\\_investment\\_2014.pdf](http://www.mit.edu/~dhidalgo/papers/political_investment_2014.pdf)> [15 agosto 2016].
- Cândido, Joel. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 13a ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2008.
- Filho, Luiz Gonzaga Pereira de Melo. *Conteúdo Jurídico* [em linha]. Brasil: act. 2013. <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/o-direito-eleitoral-e-sua-evolucao-historica/45516.htm>> [25 julho 2016].
- Júnior, Aldo Ferreira da Silva. *Direito Eleitoral Brasileiro: Temas Contemporâneos*. São Paulo: Editora. 2014
- Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007.
- Michels, Vera Maria Nunes. *Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- Oliveira, Hudson Rezende. *Estrutura da Justiça Eleitoral - Portal da Justiça Eleitoral*. [em linha]. <[www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-mg-estrutura-da-justica-eleitoral](http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-mg-estrutura-da-justica-eleitoral)> [25 julho 2016].
- Ramayana, Marcos. *Direito Eleitoral*. 15a ed. Niterói, R. J.: Editora Impetus, 2016.
- Sanseverino, Francisco de Assis Vieira. *Direito Eleitoral*. 4a ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.
- Schlickmann, Denise Goulart. *Financiamento de Campanhas Eleitorais*. Curitiba: Editora Jaruá, 2014.
- Waldschmidt, Hardy. *Breves notas sobre a Minirreforma Eleitoral de 2015*. [em linha]. Act. 2015. <[www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ms-breves-notas-sobre-a-minirreforma-eleitoral-de-2015-1449677024470](http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ms-breves-notas-sobre-a-minirreforma-eleitoral-de-2015-1449677024470)> [25 julho 2016].



# DIREITO DE IGUALDADE NO ACESSO E NA MANUTENÇÃO NO SISTEMA BANCÁRIO

## RIGHT OF EQUALITY IN ACCESS AND MAINTENANCE IN THE BANKING SYSTEM

Maria Emília Teixeira<sup>1</sup>  
*Universidade Portucalense, Porto, Portugal*

**Resumo:** O Banco de Portugal reconheceu recentemente que possuir uma conta de depósito à ordem é *conditio sine qua non* para que qualquer cidadão tenha acesso ao sistema bancário. De facto, possuir uma conta de depósito é, atualmente, essencial pois não a ter significa não aceder a certos bens ou serviços, podendo consubstanciar um fator de estigmatização ou exclusão social, como é admitido no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 27-C/2000 de 10 de Março, que consagra o regime jurídico do sistema de acesso aos serviços mínimos bancários. Consta-se, portanto, que o uso de certos meios de pagamento automático e do cartão de débito se tornou um hábito social e económico natural e generalizado. Comprova-se essa circunstância, por exemplo, quando se exige que certo beneficiário possua uma conta de depósito à ordem para que possa receber determinadas pensões ou subsídios sociais. Contudo, estas contas bancárias não são gratuitas e as condições para que se possa aceder às mesmas nem sempre viabilizam, de forma igualitária, a que todo e qualquer cidadão as possa ter. Não se concebe que reformados ou desempregados sejam obrigados a possuir certos saldos médios anuais ou a possuírem um vencimento mensal domiciliado para que fiquem isentos de comissões e cobranças de despesas de manutenção de conta. Urge, por conseguinte, analisar se o atual sistema de acesso aos serviços bancários é apto na eliminação deste fator de exclusão ou se, por outro lado, não se deveria ser mais ousado e avançar para um regime de contas de depósito à ordem totalmente gratuitas e não apenas tendencialmente gratuitas como naquele regime acontece.

**Palavras-Chave:** Sistema bancário, Acesso igualitário, Depósito à ordem.

**Abstract:** The “Banco de Portugal” recently recognized that owning a demand deposit account is a *conditio sine qua non* for any citizen to have access to the banking system. In fact, to possess a demand deposit account is currently essential, not having one means not to be able to access certain goods or services, and may constitute a stigmatizing factor or a social exclusion factor, as said in the preamble of DL n.º 27- C / 2000 of 10 March, that creates the legal system of banking minimum services access. It appears, therefore, that the use of certain automatic payment methods and the use of debit cards has become a widespread social habit in our economic society. We can verify this fact when it requires that one beneficiary has a demand deposit account in order for him to receive certain social benefits. However, these bank accounts aren't free and the terms to access the accounts aren't the same for every citizen. It's not conceivably that unemployed and retired citizens may be forced to own certain annual average balances or to have monthly income consigned to a bank account, in order for them to be free of any account maintenance expenses. It is urgent, therefore, to examine whether the current use of bank minimum services access is able to remove this exclusion factor or if, on the other hand,

---

<sup>1</sup> Maria Emília Teixeira, Doutora em Direito Civil/ Comercial, investigadora do Instituto Jurídico Portucalense na linha de investigação “*Capital, Labour, Tax and Trade*” e professora auxiliar do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Universidade Portucalense, Instituto Jurídico Portucalense – IJP, Rua Dr. António Bernardino Almeida, 541-619, CP 4200-486, Porto, Portugal. Gabinete 410. E-mail institucional: emiliat@upt.pt.

we should be more bold and create a legal system of totally free demand deposit account and not a partial free system as the one that we have nowadays.

**Keywords:** Banking system, Equal access, Demand deposit.

## 1. Introdução

A verdade é que todos nós estamos mais predispostos ou aptos a divulgar e a publicitar informações ou factos que nos tragam, de algum modo, certos benefícios, sejam de ordem económica ou pessoal. Contudo, se dessa divulgação puder resultar algum prejuízo para a nossa atividade ou bem-estar, ela não será efetuada de forma tão eficaz, não atingindo a extensão de destinatários que, sem grande empenho ou esforço de maior, certamente conseguiríamos.

O mesmo princípio aplica-se às instituições bancárias e tal sucede por duas razões: a politicamente correta e a real.

A primeira fundamenta-se na necessidade de prossecução do interesse público no bom funcionamento da economia, evitando-se qualquer ato suscetível de afetar a confiança depositada pela sociedade nestas instituições, a qual é vital para a estabilidade do sector bancário e, inerentemente, do sistema financeiro em geral. Na realidade, se considerarmos o atual modelo de Banca Universal, é sabido que a instabilidade desta necessariamente se repercutirá noutros sectores, cujo equilíbrio e solidez são igualmente condições fundamentais para o bom funcionamento do sistema financeiro em geral.

Mas a razão real pela qual as instituições bancárias optam por proceder a uma divulgação discreta de certos serviços pode provir da *sua conveniência* na não adesão em massa a esses serviços, pois poderia ocasionar um impacto negativo nos lucros da sua atividade. A verdade é que, quando assim é, a instituição bancária, obrigada a proceder a essa divulgação<sup>2</sup>, fá-lo de forma comedida e circumspecta. Divulga, mas não publicita. Sem grande exuberância ou prolixidade.

É o que sucede com as contas de serviços mínimos bancários.

## 2. Dos Serviços Mínimos Bancários

### 2.1. Da obrigação de divulgação pelas instituições bancárias

Não obstante o modelo oficial de divulgação de serviços mínimos bancários,

---

<sup>2</sup> Art. 7.º - A, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 27-C/2000 de 10 de Março.

previstos no Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2015<sup>3</sup>, onde se impõe que as instituições de crédito divulguem de forma pública e permanente nos seus balcões e *sites* toda a informação sobre os serviços mínimos bancários, e que afixem em lugar visível em todos os seus balcões e locais de atendimento ao público, um cartaz em formato A4 onde se prestem todas as informações e condições relativas aos serviços mínimos bancários, quantos de nós já tomou conhecimento destes serviços através das instituições bancárias? Os ditos cartazes estão afixados. Mas o que o aviso de Banco de Portugal não determina é o local onde devem os mesmos ser afixados, pelo que poderá ser em qualquer zona da agência bancária ou do local de atendimento e existem tantas, umas mais visíveis que outras.

## 2.2 Do regime jurídico

Mas em que consistem afinal os Serviços Mínimos Bancários?

O seu regime legal aparece-nos consagrado no Decreto-Lei n.º 27-C/2000 de 10 de Março, tendo sido já alterado pela Lei n.º 19/2011, de 20 de Maio, pelo Decreto-Lei n.º 225/2012, de 17 de Outubro e, mais recentemente pela Lei n.º 66/2015, de 6 de Julho, cuja entrada em vigor ocorreu em 4 de Outubro de 2015. Na realidade, foi este último diploma que veio consagrar a obrigatoriedade de as instituições de crédito que prestem ao público os serviços incluídos nos serviços mínimos bancários - sejam bancos, caixas económicas, caixa central e caixas de crédito agrícola mútuo - disponibilizarem os serviços mínimos bancários. Até à Lei n.º 66/2015, a prestação destes serviços era voluntária e dependia se a instituição queria aderir a estes serviços ou não, embora a maior parte dos bancos portugueses tivessem aderido voluntariamente. Já dizia o preâmbulo do diploma legal que criou os serviços mínimos bancários que a atividade financeira e bancária assume uma relevância dominante na organização económica e social das famílias e que a “indisponibilidade de certos serviços financeiros e bancários, além de óbice ao rápido acesso ou mesmo entrave à obtenção de bens e serviços, muitas vezes de carácter essencial, é suscetível de consubstanciar fator de exclusão ou estigmatização social”. Dessa forma, para evitar a dificuldade no acesso a certos serviços por parte de certos particulares o Estado criou os serviços mínimos bancários.

---

<sup>3</sup> Alterou o Aviso do Banco de Portugal n.º 15/2012 e deve ser complementado com a Instrução n.º 15/2015.

Os serviços mínimos incluem a abertura e a manutenção da sua conta de depósito à ordem, um cartão de débito para movimentação da conta, acesso à movimentação da conta de serviços mínimos bancários através de caixas automáticos, serviço de *homebanking* e balcões da instituição de crédito, realização de depósitos, levantamentos, pagamentos de bens e serviços, débitos diretos e transferências intrabancárias nacionais, sem restrição quanto ao número de operações que podem ser realizadas<sup>4</sup>. Mediante a reunião de certos requisitos, qualquer pessoa poderá proceder à abertura de uma conta de serviços mínimos bancários, que consiste numa conta de depósito à ordem, ou então solicitar a conversão da sua atual conta de depósito à ordem numa conta de serviços mínimos bancários, sem que por essa conversão o banco possa cobrar qualquer comissão, custo ou encargo<sup>5</sup>.

Os requisitos para se obter uma conta de serviços mínimos são cumulativos e requer que o candidato não seja titular de nenhuma outra conta de depósito à ordem, seja no banco onde requer a abertura ou a conversão de conta ou em qualquer outro banco e autorizar o banco a proceder à confirmação da veracidade desta informação após consulta junto das entidades gestoras dos sistemas de funcionamento dos cartões de crédito e débito.

É totalmente vedada a possibilidade de as instituições de crédito condicionar a conversão ou a abertura de uma conta de serviços mínimos à assinatura de documentos, impressos ou comprovativos adicionais àqueles que são necessários para a abertura de uma conta de depósito à ordem, ou à aquisição de produtos ou serviços adicionais. A conta de serviços mínimos bancários pode ser titulada por uma ou por várias pessoas singulares, desde que todos os titulares reúnam os requisitos de abertura *supra* descritos, exceção feita se um dos contitulares da conta de serviços mínimos bancários for uma pessoa singular com mais de 65 anos ou dependente de terceiros, considerando-se dependente de terceiros aquele que apresente um grau de invalidez permanente, devidamente comprovado pela entidade competente, igual ou superior a 60 %<sup>6</sup>.

### **2.3. Vantagens do sistema de serviços mínimos bancários**

A principal vantagem da conta de serviços mínimos bancários está no limite máximo possível que pode ser cobrado pelas instituições de crédito pela prestação de

<sup>4</sup> Cfr. Art. 2.º, n.º 2, al. a) do Decreto-Lei n.º 27-C/2000 de 10 de Março.

<sup>5</sup> Cfr. Art. 4.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 27-C/2000 de 10 de Março.

<sup>6</sup> Cfr. Art. 4.º-B, n.º 1, 3 e 4 do Decreto-Lei n.º 27-C/2000 de 10 de Março.

tais serviços. Assim, não podem ser cobradas “comissões, despesas ou outros encargos que, anualmente, e no seu conjunto, representem valor superior ao equivalente a 1 % da remuneração mínima mensal garantida”, ou seja, não poderá ser cobrada qualquer despesa acima de 5,30 euros por ano. Além disso, é ainda fornecido um cartão de débito a cada titular o cujo custo e anuidade já está incluída naquele montante, sendo cobrada a emissão de cartão de débito apenas se o titular da conta solicite a substituição do cartão de débito antes de decorridos 18 meses sobre a data da respetiva emissão, exceto se a validade for inferior a este prazo ou, então, a causa de substituição seja imputável à instituição de crédito, conforme dispõe o art. 3.º, n.º 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 27-C/2000 de 10 de Março. As instituições de crédito só poderão resolver o contrato de abertura de conta de serviços mínimos se se constatar que o titular da conta de serviços mínimos bancários deixou de reunir os requisitos de acesso aos serviços mínimos bancários ou se, um ano após a abertura ou conversão de conta de depósito à ordem em conta de serviços mínimos bancários, a mesma apresentar um saldo médio inferior a 5% da remuneração mínima mensal garantida, ou seja, inferior a 26,50 euros e não tiver sido realizada, nos seis meses, qualquer operação bancária.

De referir ainda que, segundo dados revelados pelo Banco de Portugal, em 31 de dezembro de 2015 existiam 24.068 contas de serviços mínimos o que, comparativamente com o final do ano de 2014, representa um aumento de 73%.

### **3. Paralelismo com as “constas-base”**

Atualmente, encontra-se na discussão na especialidade<sup>7</sup> uma proposta de lei da autoria do PCP<sup>8</sup>, tendo sido discutida na generalidade e aprovada a 8 de Janeiro deste ano<sup>9</sup>, que visa a criação e disponibilização de “contas-base” aos clientes bancárias onde nenhuma despesa, comissão ou custo pode ser cobrado, sendo totalmente gratuitas.

Creemos que estas contas, face ao regime legal atual vigente sobre os serviços mínimos bancários e acima explicitado, não acrescentam nenhuma novidade significativa, considerando que o desígnio prosseguido por ambos os tipos de conta é o mesmo. A única diferença substancial residirá na gratuitidade das “contas-base” face às contas de serviços mínimos que, como se viu, são tendencialmente gratuitas. Se o

---

<sup>7</sup> Na comissão competente que é a Comissão de Orçamento, Finanças e Modernização Administrativa.

<sup>8</sup> Cfr. Projeto de Lei 92/XIII,

<sup>9</sup> Votação na Reunião Plenária n.º 23, com os votos a favor do PCP, BE, PAN, PEV e PS, e votos contra do PSD e CDS-PP.

impacto de acesso em massa às contas de serviços mínimos traz preocupações à atividade das instituições de crédito, a adesão às “contas-base” pode configurar um pesadelo.

#### **4. Conclusões**

Isto posto, crê-se que as contas de serviços mínimos divulgadas de forma conveniente servem o propósito que as “contas-base” visam, pelo que estas poderão apenas configurar um ideal populista que nada acrescenta de relevante e poderá apenas servir de “isco para pesca mais distraída ou menos avisada”, além de que, devido ao impacto negativo que pode acarretar para o sistema financeiro em geral a implementação de certas medidas, como esta que ora se propõe, julgamos que além da insistência na divulgação eficaz das contas de serviços mínimos, se deveria fazer, e à medida que a adesão às mesmas fosse evoluindo, um estudo de impacto destas na atividade das instituições que as fornecem.

#### **Referências Bibliográficas**

Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2015.

Decreto-Lei n.º 27-C/2000 de 10 de Março.

Instrução n.º 15/2015.

Projeto de Lei 92/XIII do Partido Comunista Português [em linha].  
<<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c33427162446b794c56684a53556b755a47396a&fich=pj192-XIII.doc&Inline=true>> [28 agosto 2016].

## *Acerca de los editores*



MARÍA DE LA PAZ PANDO BALLESTEROS

(mpaz@usal.es). Profesora de Historia Contemporánea, del Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea, vinculada a la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca. Secretaria Académica del citado Departamento desde 2010 y Directora del Seminario Internacional de Historia Contemporánea de los Derechos Humanos, SIHCDH, del Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea de la Universidad de Salamanca, de carácter permanente, cuna de actividades investigadoras, docentes y de extensión universitaria.

Es miembro del Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad de Salamanca (CEMUSA) y del GIR “MESRHOTEC” (Grupo de Investigación Reconocido de la Universidad de Salamanca) sobre *Mujeres y enseñanza superior: viejos retos, nuevos horizontes, nuevas tecnologías*.

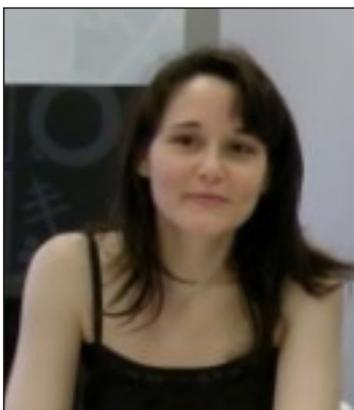
Su Tesis Doctoral, titulada *Los Democristianos y el proyecto político de Cuadernos para el Diálogo. 1963-1969*, publicada por Ediciones Universidad de Salamanca en 2005, fue el punto de partida de la primera de sus líneas de investigación, sobre el papel político jugado por la Democracia Cristiana española desde la dictadura franquista a la democracia y sobre sus conexiones con otras fuerzas nacionales y extranjeras.

La Historia de los Derechos Humanos (incluidos los de las mujeres), es su segunda línea de investigación. Se sitúan en este marco, y más concretamente en el del derecho a la cultura y las relaciones de género, sus trabajos y publicaciones sobre las mujeres musulmanas, tanto en sus países de origen, como en los de acogida, en el caso de las musulmanas migrantes.

Sobre los mencionados temas ha organizado, coordinado, y/o dirigido, múltiples seminarios, coloquios y congresos internacionales y es autora de diversas monografías y numerosos capítulos de libros y artículos en revistas especializadas.



Pedro Garrido Rodríguez. Doctor por la Universidad de Salamanca y profesor del Programa Posdoctoral “Derechos Humanos en Perspectiva Comparada: España y Brasil” de la Universidad de Salamanca y el IBEA (Instituto Universitario de Río de Janeiro, Brasil), así como del Programa Posdoctoral “Estudios Interdisciplinarios sobre Políticas Públicas Promotoras de Igualdades” de la Universidade Portucalense (Oporto) y la Universidad de Salvador de Bahía (UNIFACS, Brasil). También es miembro investigador del Instituto Jurídico Portucalense de la Universidade Portucalense (Oporto), del Seminario Internacional de Historia Contemporánea de los Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca, del Instituto Complutense de Estudios Jurídicos y Críticos de la Universidad Complutense de Madrid y del grupo Crimmigration Control International Net of Studies, entre otros. Sus líneas de investigación son los Derechos Humanos, la inmigración y la diversidad cultural, la interculturalidad, las políticas sociales y la diplomacia y relaciones internacionales. Ha publicado sobre estas materias diversas monografías. Es autor del libro: Garrido Rodríguez, Pedro (2014): *Inmigración y diversidad cultural en España. Su gestión desde la bonanza económica a la crisis*. Ed. Fundamentos. Madrid y ha codirigido: Pando Ballesteros, M<sup>a</sup> Paz; Muñoz Ramírez, Alicia y Garrido Rodríguez, Pedro (dirs. y eds.) (2016): *Pasado y Presente de los Derechos Humanos. Mirando al Futuro*. Editorial Los Libros de la Catarata. Madrid.



ALICIA MUÑOZ RAMÍREZ

Alicia Muñoz Ramírez. Doctora por la Universidad de Salamanca (mención *Doctor Europeus*), con la Tesis titulada “Movilización contra Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos. Castilla-La Mancha, Castilla y León y Madrid”, publicada por Ediciones Universidad de Salamanca en mayo de 2016.

En 2011 recibió el Premio de Grado de Salamanca y entre noviembre de 2010 y noviembre de 2014, gracias a la obtención de una Ayuda-Contrato para la Formación de Personal Investigador de la Universidad de Salamanca, colaboró en las tareas docentes, de investigación y de gestión del Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea de dicha Universidad.

Su formación se vio complementada por medio de la concesión, en 2014, de una Ayuda de Movilidad de Personal Investigador de la Universidad de Salamanca para realizar una estancia de investigación en el Departamento de Derechos Humanos, Ética y Diversidad de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de *Buskerud and Vestfold University College* (Drammen, Noruega).

Desde 2009 es miembro investigador del Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad de Salamanca (CEMUSA) y actualmente también colabora en el Seminario Internacional de Historia Contemporánea de los Derechos Humanos (SIHCDH) de la Universidad de Salamanca y en el Grupo de Investigación Internacional *Dimensions of Human Rights* de la Universidad Portucalense Infante D. Henrique (Oporto, Portugal).

Sus líneas de investigación giran en torno a los Derechos Humanos, los Estudios de Género, los Movimientos Sociales, la Historia y Política educativa española y el conflicto político-religioso en la España actual, publicando diversos trabajos de investigación al respecto, como por ejemplo “Movilización contra Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos en España: una educación obstaculizada”, en María de la Paz Pando Ballesteros, Alicia Muñoz Ramírez, Pedro Garrido Rodríguez (Dirs. y Eds.): *Pasado y Presente de los Derechos Humanos. Mirando al Futuro*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2016, pp. 82-95.

En el año 2016 celebramos el quincuagésimo aniversario de la firma de dos grandes Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU: PIDCP y PIDESC. En septiembre de ese mismo año se produjo la jubilación de la Profesora Martínez Quinteiro de la Universidad de Salamanca, gran impulsora de los estudios sobre Derechos Humanos en dicha Universidad, cuyo magisterio generó una amplia y expansiva escuela internacional de estudios interdisciplinarios sobre dicho tema. La coincidencia de ambas fechas nos impulsó a unir el ineludible homenaje a la mencionada académica con la organización de un Congreso destinado a conmemorar el cincuentenario de los Pactos Internacionales de 1966.

Ofrecemos al lector ahora las Actas del Congreso Internacional de Derechos Humanos, celebrado en la Universidad de Salamanca en 2016, titulado, en consonancia con los objetivos apuntados: *Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a la Profesora M<sup>a</sup>. Esther Martínez Quinteiro*, publicadas con objeto de renovar y dar cuenta del homenaje tributado en él a la trayectoria docente e investigadora de dicha profesora, durante más de cuatro décadas vinculada a la Universidad de Salamanca y a partir de octubre de 2016 Catedrática de la Universidad Portucalense en Oporto, desde la que sigue colaborando activamente con el Seminario Internacional de Historia Contemporánea de los Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca (SIHCDH/USAL), actualmente dirigido por la Profesora, M<sup>a</sup> Paz Pando Ballesteros. Un espacio académico -al que pertenecen también, además de los tres directores de esta obra y de la homenajeada, varios de los autores de esta monografía- cuyo objetivo es precisamente el de seguir promoviendo en la Universidad salamantina, ocho veces centenaria, la investigación, la docencia, la extensión universitaria y la difusión nacional e internacional de los estudios sobre los Derechos Humanos.

Este libro consta de 122 capítulos, en los que han colaborado 154 docentes e investigadores pertenecientes a 46 universidades distintas y numerosos profesionales, especialistas en Derechos Humanos, entre los que destacan abogados, magistrados, procuradores, fiscales, diplomáticos, antropólogos, politólogos, artistas gráficos, médicos, etc., procedentes de ocho países distintos y tres continentes. A lo largo de sus páginas se reflexiona y revisa la teoría y la praxis de los Derechos Humanos desde una perspectiva interdisciplinar, vertebrada por la Historia. Se analiza el devenir y los desafíos de formulación e implementación de los derechos de primera y segunda generación, que siguen planteando problemas tan candentes como, entre otros, los vinculados a la universalidad de los mismos y su confrontación con el relativismo cultural, a la libertad de movimientos y la vulnerabilidad de migrantes y los refugiados y a la justiciabilidad y operatividad de los derechos sociales. También se abordan los retos planteados por las nuevas demandas ciudadanas de derechos de tercera y cuarta generación, cuando va a cumplirse el segundo decenio del S. XXI.



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



ISBN: 978-84-9012-850-3



9 788490 128503