

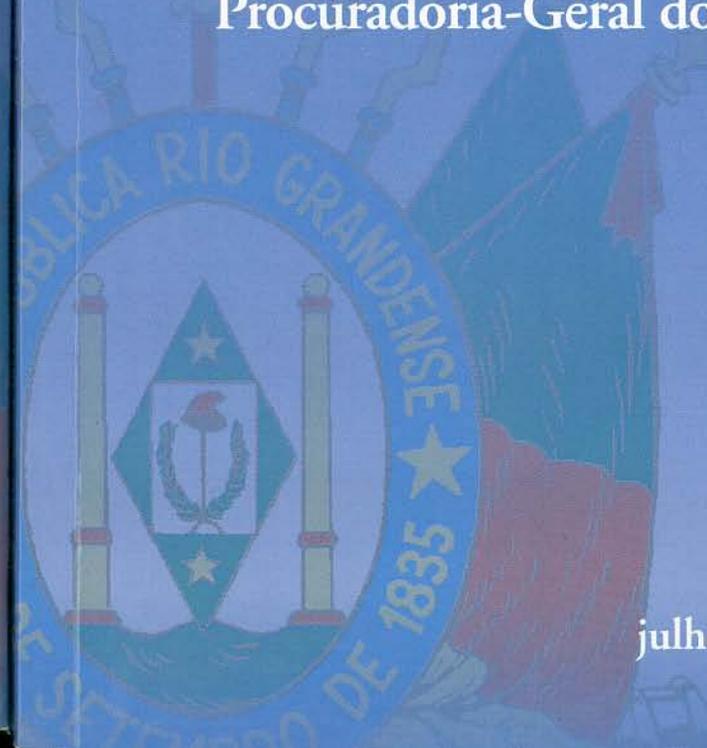


Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

ISSN - 0101-1480

Revista da PGE

Procuradoria-Geral do Estado RS



v. 31 n. 66
julho/dezembro de 2007

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 31	n. 66	p. 1 - 250	jul./dez. 2007
------	--------------	-------	-------	------------	----------------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do
Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979)- . - Porto Alegre : PGE,
1979-

v.; 21 cm.
Semestral.

Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v.1-9, n. 1-
23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catálogo na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.

Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.

Procuradoria-Geral do Estado do RS
Procuradoria de Informação, Documentação e
Aperfeiçoamento Pessoal

Av. Borges de Medeiros, 1501 – 13. Andar
90119-900 Porto Alegre/RS
Fone/Fax: (51) 32881656 – 32881652
E-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br
Site: <http://www.pge.rs.gov.br/revistas>

Pede-se permuta
Piedese canje
We ask exchange
On demande échange
Wir bitten um autausch
Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

YEDA RORATO CRUSIUS

Governadora do Estado

PAULO AFONSO GIRARDI FEIJÓ

Vice-Governador do Estado

ELIANA SOLEDADE GRAEFF MARTINS

Procuradora-Geral do Estado

CRISTINE MADEIRA MARIANO LEÃO

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos

JOSÉ GUILHERME KLIEMANN

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

MÁRCIA PEREIRA AZÁRIO

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Institucionais

LUIZ FELIPE TARGA

Corregedor-Geral da PGE

RICARDO SEIBEL DE FREITAS LIMA

Coordenador da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Eliana Soledade Graeff Martins
(Presidente)
Carla Maria Petersen Herrlein
Fabiana Azevedo da Cunha Barth
José Luis Bolzan de Moraes
Luís Carlos Kothe Hagemann
Márcia Regina Lusa Cadore Weber
Ricardo Seibel de Freitas Lima

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia
Secretária-Executiva
Bibliotecária crb 10/1343



Av. Cel. Aparício Borges, 2199
Fone: (51) 3288-9700
E-mail: editora.tecnica@corag.com.br
www.corag.com.br

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
DOCTRINA	
A Propriedade Privada e Outros Direitos Reais no Novo Código Civil: principais alterações Helena Beatriz Cesarino Mendes	9
A Licitação e seus Princípios Vladimir da Rocha França	47
A Proteção da Confiança nas Relações Obrigacionais entre Entes Federativos Ricardo Seibel de Freitas Lima	69
Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, forne- cimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial Luís Roberto Barroso	89
O Exercício dos Direitos Segundo as Balizas do Artigo 187 do Código Civil/2002 Adriana Menezes de Simão Kuhn	115
Tributação Ambiental: considerações sobre o ICMS ecológico e alguns tributos verdes de países desenvolvidos Luiz Ernani Bonesso de Araújo; Stefania Eugenia Barichello Michele Oliveira Teixeira	135
A Jurisdição Constitucional e os Diferentes Modelos de Controle de Cons- titucionalidade Isabel da Cunha Bisch	153
La Inalienabilidad de los Derechos Humanos. Análisis Sistemático sobre el Conocido caso del "lanzamiento de enanos" Sheila Stolz	171
Advocacia Pública: estudo classificatório de direito comparado Cláudio Grande Júnior	183

PARECERES

Parecer 14653 Joline Baldwin Erig Weiller	211
Parecer 14770 Adriana Neumann	235

EDITORIAL

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado, nesta edição, apresenta alguns temas palpitantes relacionados ao controle jurisdicional da administração pública, ao controle da constitucionalidade, à tributação ambiental, à licitação - tema recorrente na consultoria da Casa -, e também um artigo sobre a Advocacia Pública no direito comparado.

Permito-me debruçar sobre este último para trazer a experiência da nova advocacia pública que vem sendo travada na PGE-RS. E não poderia iniciar sem focar dois requisitos fundamentais para o pleno exercício deste mister: a) a implementação de remuneração compatível, na forma do art. 39 da Constituição Federal - subsídios, e b) a autonomia funcional, administrativa e orçamentária. Com tais elementos a advocacia pública se fortalece em sua missão constitucional e melhor se alicerça para os embates que, não raramente, têm de ser travados com os agentes públicos ou em defesa de seus atos. Neste sentido, preciosa é a lição do articulista Cláudio Grande Junior que conclui que o Brasil consolidou o regime dualista na Constituição Federal de 1988 e progrediu muito ao “desincumbir o Ministério Público das funções de representação judicial e extrajudicial, consultoria, assessoramento e controle jurídico interno dos entes públicos, bem como ao atribuir-lhe autonomia funcional e administrativa. Todavia, ainda falta dotar as instituições de advocacia do Estado (advocacia pública em sentido estrito) de maiores garantias, a fim de se preservar a própria independência funcional dos advogados públicos, individualmente considerados, e o perfeito exercício de suas atribuições, imprescindíveis ao Estado Democrático, Social e Ambiental de Direito”.

O fenômeno das ações de massa, aliado à dificuldade das instituições públicas em imprimir a compatível velocidade na adequação de sua estrutura administrativa têm seguidamente ocasionado disparidade entre a demanda de serviço e a capacidade de seu enfrentamento.

Para solucionar o impasse, algumas medidas vêm sendo adotadas, como são exemplos a racionalização da atuação judicial, com a dispensa prévia (após exame pela Corregedoria-Geral e pelo Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos) de interposição de peças (contestações e recursos) nas ações cuja jurisprudência dos tribunais superiores já se firmou contrariamente à tese defendida pelo Estado e os meios recursais já se encontram esgotados e a racionalização da atuação judicial mediante a formação de “Grupos Especiais de Trabalho”, sempre coordenados por Procuradores do Estado, para enfrentamento das ações massificadas, com otimização e padronização de rotinas, simplificação de peças, auxílio de assessores jurídicos, etc., reservando aos Procuradores as ações não massificadas,

isto é, aquelas que demandam estudo e acompanhamento aprofundados e que podem reverter ganhos efetivos ao Estado.

Outra postura que vem sendo reforçada é a da advocacia preventiva, feita in loco junto às secretarias e autarquias, prevenindo o surgimento de demandas judiciais que, inevitavelmente, tendem a se proliferar aos milhares e abarrotar tanto a PGE, quanto o Poder Judiciário.

E por fim, mas não por último e sem esgotar os exemplos, pode-se mencionar o reforço na postura conciliatória. A PGE está proporcionando treinamento aos Procuradores e Assessores, visando ao reforço da solução dos litígios por meio da conciliação e, paralelamente, apresentou sugestão de adequação legislativa que lhe proporcione meios mais eficazes para a conciliação.

Concomitantemente, a PGE está se preparando para o pleno ingresso no processo virtual e eletrônico, o que imprimirá maior velocidade na tramitação dos feitos e exigirá dos operadores do Direito indispensável reciclagem.

Estas são algumas medidas que vêm sendo implementadas e que vêm auxiliando a PGE a fazer frente ao crescente aumento da demanda de processos. Nosso sentir é de que a Advocacia Pública já não pode mais atuar de forma tradicional, tendo de lançar mão das modernas tecnologias e adotar postura menos formalista, mais conciliatória e preventiva, indo também ao encontro do moderno processo eletrônico.

Boa leitura!

Márcia Pereira Azário
Procuradora-Adjunta para Assuntos Institucionais

A PROPRIEDADE PRIVADA E OUTROS DIREITOS REAIS NO NOVO CÓDIGO CIVIL: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho*

Sumário: 1 Introdução; 2 Panorama geral; 3 Direito de Propriedade: principais inovações; 3.1 Função social da propriedade e abuso de direito; 3.2 Posse: aquisição e perda; 3.3 Usucapião; 3.3.1 Usucapião extraordinária e ordinária; 3.3.2 Usucapião especial rural e urbana; 3.3.3; Desapropriação judicial por posse-trabalho; 3.4 Perda da propriedade; 3.5 Construção que invade terreno alheio; 3.6 Uso anormal da propriedade; 3.6.1 Servidão de janela; 3.7 Condomínio; 4 Outros direitos reais: principais inovações; 4.1 Superfície; 4.2 Promessa de Compra e Venda; 4.3 Enfitese. 5 Considerações finais. Referências

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a abordar as principais alterações trazidas pelo Código Civil de 2002- Lei nº 10.406/2002 - no âmbito da propriedade privada, bem como relativamente a alguns outros relevantes direitos reais que trazem inovações: o direito de superfície, a promessa de compra e venda e a enfitese.

Primeiramente, será traçado um breve panorama geral acerca do tema, analisando os valores que informaram a nova Codificação.

Posteriormente, serão abordadas topicamente as modificações realizadas, traçando-se um comparativo com as normas do anterior Código Civil, para, por derradeiro, lançar-se algumas considerações finais sobre a matéria.

2 PANORAMA GERAL

A concepção de propriedade, baseada em visão patrimonialista do instituto, entendida como direito real de usar, gozar e dispor da coisa, excluindo terceiros de qualquer ingerência sobre o bem, permaneceu hegemônica nos países de Direito Continental, desde a Idade Média, remontando, para alguns doutrinadores, à Roma, embora neste aspecto haja divergências¹.

* Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

¹ Segundo Ricardo Aronne, há controvérsias sobre a concepção de propriedade no direito romano, entendendo alguns que a visão romana não se adequava à simplificação que se arraigou no direito civil. In *Propriedade e Domínio. Reexame Sistemático das Noções Nucleares de Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 56

LA INALIENABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS SISTEMÁTICO SOBRE EL CONOCIDO CASO DEL “LANZAMIENTO DE ENANOS”¹.

Sheila Stolz*

Abstract/ Resumo: Se suelen mencionar tres características formales típicas con las que se pueden identificar y distinguir los derechos humanos de cualquier otra figura jurídica, a saber: su carácter *universal*, su carácter *inviolable* o *absoluto* y su carácter *inalienable*. Aunque todos los rasgos identificadores generen controversias teórico-prácticas, el presente artículo tratará solamente del tercer carácter identificador-distintivo. Esta elección se justifica, debido al hecho de que no resulta fácil crear una noción precisa y ampliamente aceptada de *inalienabilidad*. Por ello, este artículo tratará de contestar sintéticamente las siguientes preguntas: a) ¿qué se debe entender por inalienabilidad?, b) ¿en qué sentido la inalienabilidad debe ser considerada una característica esencialmente propia de los derechos humanos?, c) ¿cuál la diferencia entre la inalienabilidad y la inviolabilidad? y, después de procurar responder razonablemente las indagaciones antepuestas, intentará dar una respuesta adecuada y plausible al último cuestionamiento que trata de saber cuáles son las exigencias básicas de la inalienabilidad.

Palabras-clave: Inalienabilidad. Derechos Humanos. Controversias Teórico-Prácticas.

1 INTRODUCCIÓN

Los manuales de derechos humanos y fundamentales suelen hablar de tres características formales típicas con las que se pueden identificar y distinguir los derechos humanos de cualquier otra figura jurídica, a saber:

- 1) su carácter *universal*, puesto que se predicen de todos los seres humanos, con independencia del sistema jurídico en que vivan;
- 2) su carácter *inviolable* o *absoluto*, ya que tienen la máxima fuerza debido a la importancia de los bienes que protegen prevaleciendo sobre cualquier otra

*Profesora de Derecho de la Fundação Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Doctoranda en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra – UPF, Barcelona, España. Mestre en Derecho. E-mails: sheila.stolz@upf.edu, sheilastolz@furg.br

¹ Notas de esclarecimiento de la autora:

a) Este paper es fruto de las investigaciones jurídicas concretizadas en el ámbito del Proyecto de Investigación: “Os Direitos Humanos e Fundamentais: fundamentação, garantias legais e eficácia”, realizado junto al Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade – GTJUS vinculado al Departamento de Ciências Jurídicas de la FURG. Alumno vinculado al Proyecto de Investigación: Caroline Trennepohl da Silva;

b) las citas mencionadas en el decurso de ese paper, originalmente escritas en inglés, fueran traducidas por la autora y son de su entera responsabilidad.

pretensión o requerimiento moral o jurídico, con excepción de las colisiones entre derechos humanos;
3) su carácter *inalienable*, dado que no cabe renunciar a ellos, eso es, deben ser respetados tanto por uno mismo como por los demás.

Y, aunque todos los rasgos identificadores generen controversias teórico-prácticas, el presente artículo tratará solamente del tercer carácter identificador. Esta elección se justifica, en primer lugar, debido a que no resulta fácil crear una noción precisa y ampliamente aceptada de *inalienabilidad*. Gran parte de los autores que trabajan con este tema entiende la *inalienabilidad* en su sentido más literal, eso es, como la imposibilidad de renunciar a su titularidad o bien de alienar, ceder o transferir el derecho humano de que se trata. De conformidad con esta noción los derechos humanos serían calificados como *irrenunciables e intransmisibles*. Sin embargo, la *inalienabilidad* es entendida también, como la imposibilidad de que un tercero prive de estos derechos a sus titulares y eso equivale a calificar los derechos humanos como *invulnerables, imprescriptibles e inembargables*. En segundo lugar, se aceptamos las calificaciones anteriores, hay que afirmar también la indisponibilidad práctica de los derechos humanos –en el sentido de que tanto sus titulares no pueden usarlos a su capricho, como los terceros no pueden imponer conductas y circunstancias que contradigan, infrinjan y vulneren tales derechos.

Con base en lo expuesto, creo que cabe hacerse las siguientes preguntas: a) ¿qué se debe entender por *inalienabilidad*?, b) ¿en qué sentido la *inalienabilidad* debe ser considerada una característica esencialmente propia de los derechos humanos?, c) ¿cuál la diferencia entre la *inalienabilidad* y la *invulnerabilidad*? y, después de intentar contestar razonablemente las indagaciones antepuestas, hay que responder al último cuestionamiento y que trata de saber ¿cuáles son las exigencias básicas de la *inalienabilidad*?

En definitiva, a lo largo de estas páginas procuraré responder de la forma más breve y precisa posible todos estos cuestionamientos utilizándome de las herramientas fornecidas por la teoría y la práctica jurídicas.

2 EL CONCEPTO DE INALIENABILIDAD: APROXIMACIONES PRELIMINARES

Tradicionalmente este concepto constituye una de las notas definidoras de los bienes de dominio público – concibiéndose que tales bienes no pueden ser cedidos, vendidos y/o transferidos por la Administración Pública mientras conserven dicha calificación². En esta primera acepción, la *inalienabilidad* es pensada

² Entre otros administrativistas véase: a) GARRIDO, Fernando Falla. 6ª ed. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: CEC, 1982, pp. 498-501; y BALLESTEROS, Luis Ángel Moffa. *Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad del dominio público*. En GONZÁLEZ, J. V. García (ed.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, Madrid: Lustel Publicaciones, 2007. La *inalienabilidad*, la *imprescriptibilidad* e la *inembargabilidad* de los bienes públicos están previstas en el artículo 132.1 de la Constitución Española. La *inalienabilidad* en Brasil también es entendida de una forma similar a española pues, como bien subraya Hely Lopes Meirelles al interpretar el artículo 67 del antiguo Código Civil brasileño, el objetivo de dicha norma fue considerar peculiarmente *inalienable* los bienes públicos en cuanto destinados al uso común del pueblo u a fines administrativos especiales (véase en: MEIRELLES, Hely L. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 18ª ed., 1993, p. 443). Como es de conocimiento público la *inalienabilidad* de los bienes públicos fue mantenida en el artículo 100 del nuevo Código Civil.

como aquello que no puede ser *enajenado*, es decir, transmitido o pasado a otro sea en forma de dominio, sea en la forma de algún otro derecho sobre el bien. No obstante, el término *enajenar* puede ser entendido también como *disponer* –la disposición equivale a ejercer sobre un bien las facultades o actos propios del dominio-. Consecuentemente, una cosa, un bien, será *inalienable* cuando su propietario no esté autorizado a realizar sobre ella/el actos de disposición y, en consecuencia, serán *inalienables* aquellos derechos sobre los cuales su titular no puede disponer. Los actos de disposición pueden tratarse de *actos jurídicos* como, por ejemplo, la renuncia, la compraventa, la donación o, también, de *actos de disposición física* –destrucción material del bien-, o de *actos de disposición total* –si el propietario transmite la propiedad de su casa- o *parcial* –si transmite el derecho de usufructo, por ejemplo.

Un derecho es *inalienable* cuando sobre él están excluidos todos los actos de disposición mencionados arriba. En otros términos, un derecho es *inalienable* cuando su titular no puede disponer jurídicamente de él –renunciándole, vendiéndole, donándole-, ni tan poco puede disponer total o parcialmente del bien objeto del derecho imposibilitando, por tanto, su ejercicio. La aseveración de que es *inalienable* el derecho a la integridad física equivale a la afirmación de que el titular de éste derecho no puede disponer jurídicamente de él, esto es, no puede, por ejemplo, vender una parte determinada de su cuerpo ni, mucho menos, disponer físicamente de él, mutilándose voluntariamente.

Si la *inalienabilidad* es examinada desde el punto de vista *enajenable* con referencia a disposición en su rasgo temporal o definitivo, el titular de un derecho *inalienable* no podría siquiera disponer temporalmente de él, ya se trate de una disposición de carácter jurídico o de carácter físico como, por ejemplo, una mutilación o otra conducta contraria a la salud cuyos efectos, aunque pudieran ser curados, demandarían largo tiempo.

De acuerdo con estos presupuestos se puede argüir que la *inalienabilidad* en relación con los derechos humanos puede ser definida como aquella calidad distintiva que impide a sus titulares realizar, sobre ellos, actos que imposibiliten su futuro, bien como, su pleno ejercicio y disfrute.

Desde otra perspectiva cabe calificar como derechos *inalienables* aquellos “cuyo titular no lo puede perder, independientemente de lo que haga”³. En otras palabras, el titular de un derecho fundamental no puede, por lo menos a principio, disponer de dichos derechos en el sentido de que le está vedado “la renuncia, por el cual el titular abandona su derecho; el abandono condicional, por el cual el titular suspende su derecho temporalmente; la transmisión, por el cual el titular dona, entrega o vende su derecho a otro individuo; la prescripción, por la cual el titular cesa de estar calificado como poseedor de su derecho; y la revocación, por la cual una persona distinta del titular ejerce el poder de privar al titular de su derecho”⁴. Estas formas de disposición jurídica deben complementarse además,

³ MEYERS, Diana. *Inalienable Rights. A Defense*. New York: Columbia University Press, 1985, p. 4.

⁴ *Ibid.*, p. 9.

con los actos de disposición física. Derechos inalienables son, pues, aquellos que no pueden perderse por ninguna de las formas de disposición mencionadas en los párrafos anteriores.

Y si es correcta la afirmación de que los derechos humanos son inalienables hay que enfrentarse a dos dificultades conceptuales y prácticas: la primera es entender cómo puede un derecho convertirse en un deber para su titular; y, la segunda, hay que explicar coherentemente para qué sirve un derecho del que no se puede disponer. Sin embargo, antes de contestar estas indagaciones creo oportuno recuperar la notoria decisión sobre el “lanzamiento de enanos” pues, después de analizar sus argumentaciones, será más sencillo presentar la solución o soluciones dadas por la teoría.

3 EL “LANZAMIENTO DE ENANOS”

El «*dwarf-tossing*» o «*dwarf-thrower*» -“lanzamiento de enanos”⁵ - comenzó a practicarse a finales de los años ochenta en algunos bares y discotecas de Australia y Estados Unidos. En efecto, la práctica de entretenimiento denominada lanzamiento de enanos consiste en arrojar un enano – que tiene su cabeza protegida por un casco - contra una zona de la discoteca donde hay preparada una red o una cama de aire para que él aterrice sin contusiones. La moda se expande y llega a varios países europeos, no obstante fue en Francia donde primero se transforma en litigio judicial – con secuencias que lo llevan al Comité de Derechos Humanos de la ONU⁶.

Sucintamente los hechos son los siguientes: en 1991 el ministro francés de Interior emitió una circular sobre vigilancia de espectáculos públicos en la que intimaba a las autoridades municipales a que se mantuvieron alerta sobre los eventos donde se promovieran los lanzamientos de enanos. En dicha circular se prohibía este tipo de actividad teniendo como base el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dice: “*Nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”. En octubre del mismo año, M. Manuel Wackenheim –ciudadano francés que tiene enanismo y que se dedicaba a la actividad de lanzamientos de enanos profesionalmente- apeló ante los tribunales la prohibición de una velada de lanzamientos que iba a tener lugar en una discoteca de Morsang-sur-Orge. La prohibición en tela fue anulada en 1992. No obstante, en 1995, el Consejo de Estado decide que el denominado lanzamientos de enanos es una atracción que denigra la dignidad humana y dado el hecho de que ésta es parte del orden público, cabe a los poderes públicos por ella, dignidad, velar. En 1996 Manuel Wackenheim recurrió al Comité de Derechos Humanos de la ONU arguyendo que la prohibición del lanzamiento de enanos había tenido

⁵ En este artículo será tratado un caso específico, pero creo interesante mencionar que también el Estado de Florida prohibió el lanzamiento de enanos en 1989 y la Asamblea Legislativa del Estado de Ontario, en Canadá, decide, a través del Hill 97 2003 o Dwarf Tossing Ban Act/2003, prohibir este tipo de actividad.

⁶ Dicho Comité fue establecido en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

consecuencias negativas sobre su vida que terminarían afectando su dignidad pues, la iniciativa del Gobierno francés de prohibir el lanzamiento de enanos, nada más hizo que violar sus derechos de libertad, al trabajo, al respeto a la vida privada, a un adecuado nivel de vida y a no ser discriminado. Como Wackenheim no agotó los recursos judiciales internos (en Francia), requisito esencial para que el Comité emitiera su comunicación sobre la esencia de la materia alegada, el Comité acaba por pronunciarse únicamente sobre la aludida discriminación fundamentada en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷ y que, en este caso, se concretiza con la estipulación de una norma jurídica prohibiendo el lanzamiento de enanos para las personas que tienen enanismo. El Comité recuerda su jurisprudencia según la cual no toda distinción entre las personas constituye necesaria y obligatoriamente una discriminación prohibida por el artículo 26 del Pacto. Una distinción entre las personas crea una discriminación cuando no se basa en motivos objetivos y razonables. En el caso Wackenheim es necesario saber, de acuerdo con el Comité, si esta legalmente justificada la distinción entre las personas a las que se aplica la prohibición enunciada por el Estado francés y las personas a las que no se aplica dicha prohibición. En el caso en tela la prohibición del lanzamiento estipulada por el Estado francés se aplicaba únicamente a los enanos y no a otras personas y la razón para tal distinción es, conforme el entendimiento del Comité –que sigue es este punto las argumentaciones del Estado francés- que sólo los enanos son susceptibles de ser lanzados. Así pues, la distinción entre las personas afectadas por la prohibición, a saber, los enanos, y aquéllas a las que no se aplica dicha prohibición, a saber, las personas que no son enanas, se funda en una razón objetiva y no reviste carácter discriminatorio porque en ella intervienen particulares consideraciones de dignidad humana que son compatibles con los objetivos del Pacto. Por consiguiente, el Comité concluye que la distinción entre el autor y las personas a las que no se aplica la prohibición enunciada por el Estado Parte se basa en motivos objetivos y razonables⁸. En este sentido ambos, Comité y Estado francés, entienden que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Dos razones pueden ser expuestas para que se objete los argumentos esgrimidos por el Comité. La primera razón, débil en su presunción, podría argüir que no es verdad el hecho en que se basa la diferenciación ya que el lanzamiento de un no enano es posible dependiendo de cuán pesado sea el no enano y de cuán fuerte sea el lanzador y ello porque, en principio, nada impide el lanzamiento de

⁷ El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reza: “*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

⁸ Comunicación número 854/1999, “Wackenheim v. France” adoptada el 15 de julio de 2002 en la quincuagésima séptima sesión; Report of Human Rights Committee Vol. II, General Assembly, Official Records, Fifty-seventh Session, Supplement n.º 40(A/57/40). El Comité decide que la prohibición por las autoridades francesas de la actividad del “lanzamiento de enanos” no constituye una discriminación en virtud del artículo 26 del Pacto citado, como afirma el autor.

personas en general. La segunda razón no discute los hechos, sino que apela a una presunción fuerte, eso es, al valor de la libertad. En este caso cabe la pregunta: ¿enano o no, cabe al individuo hacer con su cuerpo o su vida lo que quiera? Si la respuesta a esa afirmación dijera que no nos es permitido disponer de nosotros mismos a nuestra entera voluntad, ni siquiera en aquellas situaciones en las que nuestro comportamiento no causa daño a nadie más que a nosotros mismos, creo que llegaríamos a la conclusión que muchas de las normas que nos gobiernan son *paternalistas*. Bien, si ello es así, y sin entrar en los debates pasados y actuales sobre el paternalismo estatal, creo que cabe encontrar una respuesta coherente a la pregunta: ¿a qué renunciaba Wackenheim cuando contrataba a una discoteca para que sus clientes se entretuviesen arrojándole por los aires?

Antes de contestar a esta pregunta creo que deberíamos hacernos una propuesta: de pensar que somos seres capaces de ejercer nuestra autonomía moral porque somos individuos adultos, por ejemplo. Fundamentados en los presupuestos anteriores, creo que podríamos hacer un ejercicio hipotético en el cual sabemos lo que nos conviene hacer en la vida y hacia dónde pensamos dirigir nuestros proyectos existenciales. Además, sabemos qué tipo de elecciones y renunciaciones hicimos, hacemos y haremos y, después de todo, probablemente, llegaremos a la conclusión de que es cierto que muchas de nuestras actitudes, planes, proyectos, renunciaciones, serán estructuradas con base en las interacciones que mantenemos con los demás. Veamos un ejemplo para aclarar en donde pretendo llegar. Trabajar es una forma de integrarse al mercado, de desarrollar una actividad profesional, de poder planear la vida con base en la remuneración recibida, pero también es renunciar al ocio y, algunas veces, dependiendo del tipo de trabajo que hagamos, a nuestra integridad personal – en los casos de las actividades peligrosas, insalubres y/o con riesgo-. Por ello, cabe la pregunta: ¿por qué es peor ser lanzado como enano que trabajar de enano de circo, o en una mina de carbón, o como basurero, actividades consideradas por nuestros ordenamientos jurídicos como plenamente lícitas? Y, conforme a lo dicho hasta aquí, ¿por qué no dejar que el propio Wackenheim decida o que quiere hacer de su vida?

Pueden haber condiciones o compromisos asumidos por los individuos que no consisten en estas renunciaciones parciales y tolerables – como el ejemplo del trabajo- porque no son irreversibles, sino una suerte de renuncia total que, como bien señalaba Mill⁹, al no poder ser transigidas acaban haciendo con el individuo que las asuma abdique plenamente de su libertad, lo que equivaldría, a juicio de Mill, a venderse como esclavo. Y, aunque partiéramos de la suposición que la esclavitud fue totalmente abolida, hay pactos asimilables a la esclavitud cuya validez también puede ser objetable no sólo por herir la libertad, sino porque compromete otros bienes tan personalísimos que a los individuos se les debe garantizar que puedan arrepentirse sin costes para ellos mismos. Una forma de obstaculizar este tipo de

⁹ MILL, John Stuart. *On Liberty* (1859). En H. B. Acton (ed.), "Utilitarianism, On Liberty, Considerations on Representative Government", Londres: Dent & Sons, 1992, pp. 69-185, pp. 171-172.

compromiso irreversible puede ser encontrada, por ejemplo, cuando la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses no toma en consideración las cláusulas contractuales en las que las llamadas madres de alquiler – que gestan un embrión ajeno- se comprometen de por vida y voluntariamente a renunciar a la maternidad.

En definitiva, lo que se prohíbe, por respeto a un derecho básico –a la libertad individual-, no es la libre disposición de nuestras capacidades, talentos, bienes, sino la renuncia permanente y sin posibilidad de arrepentimiento que podamos, por circunstancias diversas o adversas, venir a hacer.

4 OTRAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INALIENABILIDAD

La definición de inalienabilidad, bien como, el caso judicial traído a colación, permiten recuperar la dimensión del deber como íntimamente ligada a la titularidad del derecho, frente al conocido rompimiento que la modernidad planteó entre derecho y deber. Por ello, es necesario, construir una noción más completa y profunda de los derechos humanos que manifieste no sólo su dimensión jurídica, sino también, su auténtica dimensión moral – como bienes esenciales de la persona y a que ella misma se ve obligada a respetar además de poder exigir su respeto por parte de los demás.

Es mayoritariamente aceptado que los bienes que son objeto de protección por parte de los derechos humanos gozan de una especial relevancia frente a los demás bienes, puesto que derivan de las exigencias inherentes a la dignidad de la persona humana – y de ahí que deban ser respetados y protegidos con especial perseverancia y ahínco. Si esto es correcto, esa especial relevancia de los derechos humanos que les confiere su conexión con la dignidad humana exige que sean protegidos inclusive contra la voluntad del sujeto titular de los mismos. La respuesta a este interrogante dependerá, indiscutiblemente, de aquello que cada uno entienda por **dignidad humana** y su valor como fundamento de los derechos humanos.

La actual concepción de dignidad tiene sus orígenes en la construcción teórico-filosófica de Immanuel Kant y en donde señalaba que "(...) los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado como medio, y, por tanto, limita, en este sentido, todo capricho (y es objeto de respeto). Éstos no son, pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efectos de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, eso es, realidades cuya existencia es en sí misma, un fin"¹⁰. Y, aunque creo que hay un fundamento moral bastante razonable en los argumentos de Kant, no puedo compartir su asunción que acaba por distinguir entre "ser humano" y "persona" cuando afirma que la autonomía personal es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana. Pienso que la dignidad humana es ontológica y eso es lo mismo que afirmar que: puedan o no, los seres humanos o las personas, ejercer actos o atributos propios de la

¹⁰ KANT, I. *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*. México D. F.: UNAM, 1978, p. 24.

racionalidad, ellas siguen siendo seres humanos o personas. En otros términos, si bien es cierto que determinados seres humanos no son plenamente racionales y, como tal, no pueden ejercer su plena autonomía, creo que los niños, los que poseen algún tipo de problema psíquico, los enfermos terminales, entre otros, son seres humanos, eso es, personas.

No obstante la aseveración antepuesta parezca coherente y correcta, decir y aseverar que la inalienabilidad de los derechos humanos es una consecuencia de la inexorabilidad de la dignidad humana, produce dos nuevos cuestionamientos: 1) ¿es obligatorio el ejercicio de dichos derechos siempre y en todos los casos? Quizá podríamos entrar en un acuerdo y afirmar que el derecho a la integridad física, por ejemplo, es siempre exigible y debe respetarse siempre y en todos los casos. Y, si ello es así, estaríamos de acuerdo en decir que no hay, como afirman algunos autores, "torturas justificables"¹¹ porque todas ellas atentan contra la dignidad. Pero no parece sensato afirmar que quien goza del derecho a la intimidad no pueda nunca y bajo ninguna circunstancia publicar sus diarios íntimos, por ejemplo; 2) ¿qué acontece cuando se produce un conflicto entre dos derechos fundamentales que exigen conductas en principio opuestas o contradictorias? Si se entiende que los derechos humanos son, en sentido absoluto, irrenunciables, sería imposible establecer prevalencia entre ellos lo que convertiría los conflictos sobre este tipo de derechos en cuestiones irresolubles y a las cuales los tribunales no serían capaces de resolver.

Con base en ambos cuestionamientos pienso que es necesario trazar una distinción entre la titularidad de los derechos y su efectivo ejercicio. No es lo mismo renunciar a un derecho que a su ejercicio. La inalienabilidad se refiere a la titularidad de los derechos – su atribución a todos los seres humanos como exigencia ineludible e irrenunciable de su dignidad -. Sin embargo, eso no significa que tales derechos deban ser obligatoriamente ejercidos siempre y en todo caso. Evidentemente el titular de un derecho puede preferir, en un determinado momento, no ejercerlo o, también, sacrificarlo altruistamente a favor de una causa que considera valiosa o, incluso, perdonar la violación de dicho derecho si esa toma de decisión es la que le parece la más adecuada¹². La inalienabilidad permite la renuncia voluntaria al ejercicio de un derecho en un caso concreto, eso es, no obliga al titular de un derecho a ejercerlo siempre, pero sí le protege frente a la imposibilidad de ejercerlo o a la obligación impuesta de sacrificarlo – porque ello supondría renunciar de hecho a su titularidad – circunstancia que resulta imposible dado las exigencias de la dignidad humana. El contenido de los derechos humanos incluye, consecuentemente, la facultad de ser ejercidos o no, según la voluntad de su titular. Ejemplificando: la libertad religiosa incluye la elección o la facultad de no profesar ninguna fe; el derecho al voto incluye la posibilidad de abstenerse de votar¹³.

¹¹ Entre los autores conocidos que defiende este tipo de argumento se encuentra SHUE, Henry. En LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*. Oxford - New York: Oxford University Press, 2002, pp. 47-60, p. 57.

¹² MEYERS, Diana. *Inalienable Rights. A Defense*, op. cit., p. 13.

¹³ Por lo menos así es en aquellos Estados que no establecen la obligatoriedad del voto.

La posible renuncia voluntaria al ejercicio de un derecho supone no sólo el respeto a la dignidad, sino también, a la noción de *reversibilidad* – ya tratada en el caso del lanzamiento de enanos-. En otras palabras, la inalienabilidad requiere la *reversibilidad* como una condición imperativa, consustancial, puesto que ella, la reversibilidad, es la posibilidad del ejercicio futuro del derecho. La reversibilidad es exigida en aquellos casos en que la titularidad y el ejercicio del derecho se encuentran intrínsecamente unidos de una forma que es imposible establecerse diferencias entre ambos. Algunos autores dicen que el ejemplo paradigmático de estos casos es el derecho a la vida, ya que no cabe renunciar al ejercicio del derecho a la vida sin renunciar a su titularidad. Además, es con base en la mantención o desplome de dicho argumento que se centra el debate actual en torno a la legitimidad o no de la eutanasia activa voluntaria. Sin embargo, como este tema además de complejo, exige un tratamiento particularizado que extrapola los límites de este *paper*, creo que en se tratando de la eutanasia lo mejor es abstenerse de emprender comentarios a respecto más allá de usarla como ejemplificación argumentativa.

Retomando el hilo expositivo, cabe mencionar, que algunos autores consideran que la inalienabilidad se proyecta sobre las conductas del propio titular del derecho y sobre las conductas de los demás en relación con ese derecho. Consecuentemente, un derecho humano sería inalienable cuando su titular no puede perderlo voluntariamente ni, tan poco, ser afectado por actos y conductas de terceros que ocasionen su pérdida. En este sentido estricto la inalienabilidad¹⁴ se proyecta solamente sobre el titular de los derechos, eso es, significa que el propio titular de los derechos está obligado a respetar sus propios derechos, eso es, está inmunizado normativamente frente a sí mismo en todo aquello que puede suponer la destrucción o el comprometimiento del futuro ejercicio de los derechos.

La denominada *inviolabilidad* de los derechos humanos se refiere a la obligación de terceros en abstenerse de practicar conductas que, o puedan causar su pérdida, o incidir negativamente sobre el derecho de una persona. La inalienabilidad se refiere, por tanto, al titular de los derechos ya, la inviolabilidad, que suele ser designada como un carácter absoluto de los derechos humanos, tiene por objeto la conducta y acciones de los demás e impone límites a éstas cuando inciden sobre la esfera jurídica del titular de un determinado derecho. Y, aunque ambos términos inalienabilidad e inviolabilidad pueden confundirse, puesto que es fácil concebir como inalienable no sólo lo que no puede enajenarse, sino también, aquello del cual no se puede despojar, arrebatar, quitar a su titular, hay que tener claro que este último aspecto tiene que ver más bien con la *inviolabilidad*¹⁵. Por todo ello, creo que se puede argüir que ambos rasgos de los derechos fundamentales son distintos aunque complementarios.

¹⁴ McCONNELL, Terrance. The Nature and Basis of Inalienable Rights. *Law and Philosophy*, n.º 3, 1984, p. 25. Véase también del mismo autor: *Inalienable Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

¹⁵ FEINBERG, Joel. *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*. Princeton: Princeton University Press, 1980, pp. 240-253.

5 APUNTES FINALES

De acuerdo con lo expuesto en todo el texto pienso que se puede formular un catálogo de exigencias inalienables básicas fijadas a partir de la dignidad humana y compatible con la dimensión histórica, abierta y dinámica de los derechos humanos, a saber:

- 1) el derecho a la vida, que proscribiera tanto los atentados directos contra la vida -derecho a la integridad física y a la salud- como los atentados considerados "indirectos" fruto, por ejemplo, de la miseria de aquellos que no cuentan siquiera con un mínimo de satisfacción de sus necesidades materiales básicas -entendimiento este que se refleja en la igual consideración y respeto por todos los seres humanos y que conlleva a exigir y garantizar concretamente la llamada igualdad material;
- 2) el derecho a la autodeterminación, que se concretiza a través de las libertades individuales;
- 3) y, como los seres humanos solemos relacionar y convivir en grupos, colectividades, sociedades, la dimensión humana relacional debe ser entendida en términos de convivencia pacífica, de cooperación, de solidaridad. En esta dimensión están comprendidos los derechos de titularidad colectiva y de difícil delimitación pero de necesaria garantía en cuanto a su contenido y satisfacción. Como ejemplos de tales derechos se pueden citar los diversos tipos de derechos asistenciales y humanitarios y, también, la solidaridad con las generaciones futuras que tienen derecho a recibir de nosotros un medio ambiente apto para el desarrollo de la vida de todas las especies que no sólo la humana.

BIBLIOGRAFIA

BALLESTEROS, Luis Ángel Moffa. Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad del dominio público. En GONZÁLEZ, J. V. García (ed.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, Madrid: Iustel Publicaciones, 2007.

FEINBERG, Joel. *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*. Princeton: Princeton University Press, 1980.

GARRIDO, Fernando Falla. 6ª ed. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: CEC, 1982.

KANT, I. *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*. México D. F.: UNAM, 1978.

McCONNELL, Terrance. *The Nature and Basis of Inalienable Rights*. Law and Philosophy, n.º 3, 1984.

_____. *Inalienable Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 18ª ed., 1993.

MEYERS, Diana. *Inalienable Rights. A Defense*. New York: Columbia University Press, 1985.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

Report of Human Rights Committee Vol. II, General Assembly, Official Records, Fifty-seventh Session, Supplement n.º 40(A/57/40).

SHUE, Henry. En LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*. Oxford - New York: Oxford University Press, 2002.