

v. 05, n° 01 - jan/jun 2025

ISSN 2763-8685



LATIN AMERICAN JOURNAL OF EUROPEAN STUDIES



Co-funded by
the European Union

TABLE OF CONTENTS

EDITORIAL	8
<u>DOSSIER - HUMAN RIGHTS, DIGNITY, AND EQUALITY: A DIALOGUE BETWEEN LATIN AMERICA AND EUROPE</u>	
<i>TOO MUCH LOVE WILL KILL YOU: SERÁ A COMPLEXIDADE INIMIGA DA PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS?</i>	14
<i>Rui Guerra da Fonseca</i>	
CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO Y PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS: UN DESAFÍO FUTURO PARA LA PROTECCIÓN CABAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	28
<i>Jose Humberto Sahian</i>	
FREEDOM OF SPEECH AND ITS DIGITAL TRANSFORMATION AND PROTECTION: GUIDELINES AND PRINCIPLES FROM THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE-LAW AND OTHER HUMAN RIGHT PROTECTION BODIES	52
<i>Walter Arevalo Ramirez Andrés Rousset Siri</i>	
FALSA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y OBSTRUCCIÓN DE SERVICIOS: EL LATENTE RETROCESO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER/	79
<i>Betzabé Araya Peschke</i>	
AVANCES Y DESAFÍOS EN LA REGULACIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FRENTE A LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA: UNA MIRADA HACIA LATINOAMÉRICA Y LA UNIÓN EUROPEA	108
<i>Romina Gallardo Duarte</i>	

LA PROSTITUCIÓN Y LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS: ANÁLISIS DEL INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS, CON ÉNFASIS EN LA SITUACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y MERCOSUR 131

Pablo Guerra

BARRERAS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ARGENTINA 150

Celeste Carla Dimeglio

LA ACCESIBILIDAD URBANA PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UNA ARQUITECTURA INTELIGENTE COMO DERECHO HUMANO A LA MOVILIDAD 172

Angel Oscar Piazza

AVANCES Y DESAFÍOS EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS INDÍGENAS Y DE LAS MINORÍAS EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA: UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LA JURISPRUDENCIA ENTRE ECUADOR Y NORUEGA 193

Byron Castillo

Sebastián Fernando Arguello Escobar

Shirley Paola Romero Molina

VICTIMOLOGÍA Y DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA GRAVE DESPROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL PERUANO Y SU COMPARATIVA CON EL ESTÁNDAR EUROPEO 217

David Jared Gallo Ahumada

Christian Louis Pérez Morales

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E EMERGÊNCIA CLIMÁTICA: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA PRO PERSONA NO CASO KLIMASENIORINNEN 240

Amon Elpídio da Silva

Jamile Bergamaschine Mata Diz

MIGRACIONES, REMESAS Y AGENDA CLIMÁTICA 265

Leila Devia

EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES: REGULACIÓN VIGENTE Y NUEVOS DESAFÍOS **278**

*Ana Rosa Rodriguez
Silvina Lujan Rigali*

PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN THE EUROPEAN UNION: THE HORIZONTAL EFFECT OF THE DIRECTIVES IN THE LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE ECJ
305

Fabiana Félix Ferreira

ARTICLES

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA: ANÁLISIS DE SU EVOLUCIÓN **339**

Roberto Ruiz Díaz Labrano

DIGNIDAD DIGITAL PÓSTUMA: PRESENCIA HUMANA Y AVATARES DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL GENERATIVA EN CHATBOTS. UN DIÁLOGO ENTRE AMÉRICA Y EUROPA **374**

Julio Jesús Mormontoy Pérez

MODELIZACIÓN REGULATORIA: PALPITANDO LA INFLUENCIA DE LA DIGITAL SERVICES ACT EN AMÉRICA LATINA
400

*Matías González Mama
Ramiro Álvarez Ugarte*

SELECTION PROCESSES AND REPRESENTATIVENESS WITHIN THE FRAMEWORK OF JUDICIAL INDEPENDENCE: A LATIN AMERICAN EMPIRICAL STUDY **434**

*Aline Beltrame de Moura
Naiara Posenato
Nuno Cunha Rodrigues*

INTERVIEW

**PROTEGIENDO DERECHOS Y FORTALECIENDO LA DEMOCRACIA:
LA FUNCIÓN INSTITUCIONAL DE PROTEX FRENTE A LA TRATA DE
PERSONAS EN ARGENTINA**

466

Santiago Deluca

CRITICAL REVIEW

**DÍAZ, B. C., DIR. DERECHO DE FAMILIA INTERNACIONAL EN UN
CONTEXTO DE CRECIENTE MIGRACIÓN: CUESTIONES VINCULADAS
CON EL REGLAMENTO 2019/111. ARANZADI, 2024.**

475

Raúl Lafuente Sánchez

TOO MUCH LOVE WILL KILL YOU: será a complexidade inimiga da proteção de direitos humanos?¹

Rui Guerra da Fonseca²

RESUMO: Este artigo examina a crescente complexidade dos sistemas de proteção dos direitos humanos e os seus efeitos na efetividade da sua garantia. O objetivo principal é questionar se a sofisticação destes mecanismos — material, formal, institucional e processual — acaba por se tornar um obstáculo ao acesso à justiça, em vez de o reforçar. A metodologia adotada consiste numa análise crítica das estruturas globais e regionais de proteção (como as Nações Unidas, o TEDH e a Corte Interamericana), destacando as suas complexidades intrínsecas e os desafios que geram tanto para os indivíduos como para os Estados. Conclui-se que, embora esta complexificação reflita um progresso na tutela jurídica internacional, ela introduz também entraves práticos, como exigências processuais excessivas, assimetrias entre Estados e riscos de judicialização política. A desigualdade no acesso aos sistemas de proteção agrava-se em contextos de fragilidade institucional, contrariando a universalidade que os direitos humanos procuram assegurar. Por fim, defende-se a necessidade de equilibrar o aprofundamento normativo com mecanismos que preservem a acessibilidade, evitando que um excesso de regulação acabe por comprometer os próprios fins que visam proteger.

PALAVRAS CHAVE: Complexidade jurídica; Acesso à justiça; Direitos humanos.

TOO MUCH LOVE WILL KILL YOU: IS COMPLEXITY THE ENEMY OF HUMAN RIGHTS PROTECTION?

ABSTRACT: This article examines the growing complexity of human rights protection systems and its effects on the effectiveness of their enforcement. The primary objective is to question whether the sophistication of these mechanisms—material, formal, institutional, and procedural—ultimately becomes an obstacle to access to justice rather than strengthening it. The adopted methodology consists of a critical analysis of global and regional protection structures (such as the United Nations, the ECtHR, and the Inter-American Court), highlighting their inherent complexities and the challenges they pose for both individuals and states. It concludes that, while this increasing complexity reflects progress in international legal protection, it also introduces practical barriers, such as excessive procedural requirements, asymmetries between states, and risks of political judicialization. Inequality in accessing protection systems worsens in contexts of institutional fragility, undermining the universality that human rights seek to ensure. Finally, the article argues for the need to balance normative development with mechanisms that preserve accessibility, ensuring that excessive regulation does not ultimate-

1. R. G. da Fonseca, "Too much love will kill you: será a complexidade inimiga da proteção de direitos humanos?," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 14 et seq.
2. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Juiz do Tribunal Constitucional de Portugal. <https://orcid.org/0000-0002-8642-5792>.

ly compromise the very objectives it aims to protect.

KEYWORDS: Legal complexity; Access to justice; Human rights

Os sistemas de proteção de direitos humanos são hoje de uma enorme complexidade.³ Essa complexidade é tanto interna, isto é, própria de cada sistema, como característica da arquitetura global da proteção internacional dos direitos humanos. De forma simplificada, pense-se na classificação mais elementar de tais sistemas, que distingue entre o sistemas globais e sistemas regionais. Os primeiros têm uma vocação universal e estão assentes em organizações internacionais elas próprias de vocação universal, no sentido em que admitem, potencialmente, qualquer Estado entre os seus membros e, conseqüentemente, têm aptidão para lançar o seu âmbito de proteção sobre todos os indivíduos da humanidade. O exemplo mais perfeito é o da Organização das Nações Unidas (ONU) e dos seus vários organismos e mecanismos vocacionados para a garantia dos direitos humanos. Os segundos têm um âmbito geográfico regional, no sentido em que admitem como membros ou partes apenas Estados de certa região do globo, pelo que o seu âmbito de proteção é, tendencialmente restrito aos indivíduos sob jurisdição desses Estados.⁴ São exemplos desta categoria o sistema do Conselho da Europa, protagonizado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), assim como o sistema Interamericano com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e o sistema Africano.

No âmbito do sistema da ONU são vários os organismos com atribuições de garantia ou proteção de direitos humanos. Alguns são de natureza eminentemente político-administrativa, como a UNICEF, e não estão vocacionados ou

3. Sobre o conceito de "sistemas de proteção de direitos humanos", Rui Guerra da Fonseca, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos* (Lisboa: AAFDL, 2018), 64 e seguintes.

4. Note-se logo aqui uma complexidade adicional: é que indivíduos sob a jurisdição de certo Estado não são necessariamente apenas aqueles que se encontram no interior das fronteiras territoriais desse Estado. O TEDH tem hoje uma vasta e rica jurisprudência a respeito da sua jurisdição e da aplicação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos fora das fronteiras da própria Europa, por exemplo, no Afeganistão e no Iraque, em razão da presença de forças armadas europeias nesses Estados. E tem entendido que Estados europeus que são parte na Convenção têm muitas vezes jurisdição fora do seu território, quando têm um controlo efetivo sobre parcelas de territórios ou sobre pessoas, ainda que fora das suas fronteiras territoriais. Para alguns exemplos, Ireneu Cabral Barreto e Rui Guerra da Fonseca, "A 'doutrina Bosphorus' e a tendência para a ampliação da jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: algumas notas", em *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Sousa Ribeiro*, vol. II (Coimbra: Almedina, 2019), 573 e seguintes.

dotados de mecanismos e competências que lhe permitem resolver litígios; são essencialmente promocionais. Outros, os que aqui mais relevam, recebem queixas de indivíduos contra Estados, que verdadeiramente corporizam litígios, e desenvolvem procedimentos com vista à sua resolução, procedimentos esses que terminam com decisões ou recomendações. Estas, muito embora vejam cada vez mais discutida a sua natureza e vinculatividade, não são judiciais, pois os organismos que as emitem não são tribunais; mas tais decisões ou recomendações põem termo a um procedimento adversarial, litigioso, e encerram um potencial regulatório parajudicial. São exemplos os vários comités que acompanham as várias convenções das Nações Unidas em matéria de proteção de direitos humanos.⁵ Todos estes comités recebem queixas individuais que dão origem a procedimentos litigiosos entre os queixosos e o Estado contra o qual a queixa é dirigida. Estes procedimentos são bastante exigentes no que toca a requisitos, pressupostos e regras procedimentais, designadamente: no que toca à legitimidade ativa (estatuto de vítima), à litispendência e ao esgotamento das vias internas de recurso antes da apresentação de uma queixa.

No âmbito das Nações Unidas, encontramos ainda o Conselho dos Direitos Humanos (*Human Rights Council*) que recebe queixas por violações quantitativamente expressivas de violações de direitos humanos.

Para além de apreciarem queixas, estes comités, assim como o Conselho dos Direitos Humanos, dispõem de vários outros mecanismos de tutela dos direitos humanos: relatórios, instrumentos de investigação, entre outros.

Ainda ao nível das Nações Unidas, não pode esquecer-se o Tribunal Internacional de Justiça (TIJ). O TIJ é um verdadeiro tribunal, no que se distingue daqueles outros organismos como os comités. Mas não aceita queixas individuais: o artigo 34.º do seu Estatuto não o permite. Todavia, sendo um tribunal em que só os Estados têm legitimidade processual, que não aceita, portanto, queixas de indivíduos, são múltiplos os casos julgados no TIJ em que estão em causa questões de direitos humanos. Em alguns deles, relativamente recentes,

5. Rui Guerra da Fonseca, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, 111 e seguintes.

os litígios entre os Estados têm origem em violações específicas de direitos humanos de pessoas determinadas; e se não se pode dizer que os Estados estivessem, nesses casos, em representação em sentido próprio de indivíduos, há claramente uma aproximação a isso.

É inegável que os sistemas de proteção de direitos humanos se caracterizam, na atualidade e em tendência crescente, por uma enorme, senão mesmo inabarcável complexidade em diversas vertentes.

Uma primeira vertente é *material*. Não há praticamente nenhuma dimensão da individualidade que não esteja coberta ou assistida, pelo menos em parte, por algum direito protegido por instrumentos de direito internacional: da privacidade individual às suas dimensões familiares; do trabalho à saúde; da educação à participação política; da religião à cultura; da justiça à segurança. Se nem todos os aspectos relevantes de tais realidades são juridicizados em direitos individuais (subjetivos), há uma parte de todos eles que o é, e essa parte tende a ser relevante para o todo. Tomemos o exemplo da religião: a maior parte do que é a vida religiosa de uma pessoa não é juridicizada, i.e., não se traduz nem se deixa descrever por direitos e deveres jurídicos; mas a liberdade religiosa que muitos instrumentos internacionais enfaticamente garantem (a DUDH; o PIDESC; a CEDH) visa assegurar, pelo menos, a sua não perturbação. Ou o exemplo talvez mais acabado, o da reserva da vida privada: é precisamente porque a sua diversidade não é plenamente juridicizável que a correspondente proteção parte de âmbitos de previsão tão altos. Deste modo, podemos falar de uma dupla complexidade material, na verdade: a que se revela na multiplicidade e abrangência de situações protegidas por normas de direitos humanos; e a que emerge da aparente simplicidade dos enunciados normativos que, em aparente paradoxo, permitem a extensão daquela primeira multiplicidade aos mais diversos aspectos da presença dos indivíduos no mundo.

Uma segunda vertente é *formal*. É hoje esmagador o número de fontes de direito internacional relevantes em matéria de direitos humanos, quer dizer, reveladoras de direitos. São milhares as normas de direito internacional pac-

tuado (inseridas em tratados, convenções e em acordos de natureza menos solene) das quais emergem direitos individuais. Se pensarmos em instrumentos dessa natureza inteiramente dedicados a direitos humanos, como o PIDCP ou o PIDESC, o número reduz-se mas ainda assim fica pelas centenas. É possível eleger alguns mais importantes, mas isso obriga à escolha de critérios para o efeito (a discussão sobre o que efetivamente integra a chamada *International Bill of Rights* é um bom exemplo disso). Ao direito internacional pactuado há que aditar a jurisprudência, deixando de parte, deliberadamente, as tradicionais discussões sobre a respetiva caracterização como fonte mediata ou imediata: realmente, é indiscutível que a formação do moderno direito internacional dos direitos humanos resulta em enorme e decisiva dimensão do labor da jurisprudência de tribunais supranacionais como o TEDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sem a jurisprudência destes tribunais, o conteúdo efetivo de cada direito protegido estaria sujeito a um nível de permanente incerteza e debate que não permitiria sequer sonhar com a sua proteção efetiva e em condições mínimas de igualdade. Nesta vertente não pode deixar de incluir-se o assim chamado *soft law* produzido por variados organismos especializados, de que são exemplo os comentários gerais produzidos pelos vários comités das Nações Unidas e que têm duas funções primordiais: esclarecer os Estados sobre as obrigações que sobre eles impendem correlatas dos vários direitos, e orientar os tribunais supranacionais na interpretação das normas que consagram direitos individuais e que os mesmos são chamados a fazer respeitar ou implementar. Também aqui, a tradicionalmente afirmada não vinculatividade imediata destes comentários gerais esconde —ou melhor, não explica— a sua relevância prática.

Uma terceira vertente é *institucional*. Já foram fornecidos vários exemplos logo no ponto inicial. A complexidade institucional está umbilicalmente relacionada com as duas vertentes antecedentes.⁶ Importa, no entanto, sublinhar que esta complexidade institucional não se resume ao número de entidades

6. Para maiores desenvolvimentos, Rui Guerra da Fonseca, "A internacionalização da organização administrativa: comentários a respeito da necessidade e das dificuldades de uma (nova) teoria geral", em *Organização Administrativa: Novos Atores, Novos Modelos*, vol. 1, organizado por Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (Lisboa: AAFDL, 2018), 73-104.

ou organismos internacionais relevantes (que é, aliás, impossível de catalogar com rigor),⁷ antes se revelando também no vasto leque de atribuições de cada uma e nas relações entre elas estabelecidas, e delas com os Estados. Em termos funcionais, tanto são organismos de natureza judicial (como o TEDH e a Corte Interamericana de Direito Humanos), como de natureza político-administrativa (como a já mencionada UNICEF, ou o Comité de Ministros do Conselho da Europa);⁸ e ainda organismos de natureza híbrida, muitas vezes caracterizados como para-judiciais (de que são exemplo os vários comités das Nações Unidas já referidos, sobretudo quando tomam decisões em procedimentos litigiosos entre indivíduos e Estados, cuja caracterização segue os mesmos caminhos difíceis).

A quarta vertente é *adjetiva* ou *procedimental*. As normas que regulam os procedimentos de queixa e o respetivo desenvolvimento, por exemplo ao nível do TEDH e dos vários comités das Nações Unidas, são hoje de enorme complexidade técnica e extensão, complexidade e extensão essas que não são diferentes das que caracterizam os procedimentos administrativos e processos judiciais domésticos. Essa complexidade implica uma enorme especialização técnica dos operadores (juízes, peritos, advogados) que, além de colocar dificuldades a esses mesmos operadores, os coloca ainda como “guardiões” do acesso individual aos sistemas de proteção. Mas esta complexidade não se encontra apenas ao nível dos procedimentos adversariais ou litigiosos. As obrigações que impendem sobre os Estados de elaboração de relatórios destinados a instâncias internacionais estão elas próprias procedimentalizadas em moldes altamente complexos, e obrigam os Estados a dotar-se de estruturas administrativas capazes de dar resposta a essas exigências.

7. Ainda hoje não há acordo nem certeza quanto ao número de organizações internacionais existentes, variando consideravelmente, aliás, os números apresentados por diversos autores, que vão dos cinco aos dez milhares ou mesmo mais.

8. Sobre o Conselho da Europa como organização internacional, seus fins e estrutura orgânica, Rui Guerra da Fonseca, “Conselho da Europa”, em *Enciclopédia Luso-Brasileira de Direito Internacional*, coord. Dário Moura Vicente et al. (Lisboa: D. Quixote, 2023), 275-278. Rui Guerra da Fonseca, “O Conselho da Europa. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos”, em *Organizações Internacionais*, coord. João Mota de Campos e Manuel Almeida Ribeiro, 6.ª ed. (Coimbra: Almedina, 2022), 627-674.

Perante estes exemplos —e são apenas alguns exemplos ilustrativos— importa perguntar se estas complexidades, resultando de um propósito *a priori* virtuoso de proteção de direitos humanos (proteção em sentido amplo, i.e., incluindo a promoção de direitos humanos), não têm efeitos contrários, tudo visto, a essa mesma proteção, como consequência das dificuldades de acesso que introduzem em resultado de aspetos burocráticos, de conhecimento (*knowlegde*) e mesmo económicos. Cada uma destas vertentes apresenta dificuldades específicas que devem ser analisadas em si. Não é, porém, sobre estas últimas que vão recair as reflexões seguintes, mas antes sobre algumas questões gerais comuns a todas elas.

Até meados do século XX, não podia falar-se sequer de uma verdadeira autonomização dos direitos humanos, quer enquanto categoria geral no plano do direito internacional, quer enquanto direito subjetivo na titularidade de indivíduos (deixando de parte a problemática da titularidade por parte de grupos). Menos ainda tinha cabimento falar da existência ou mesmo da ideia de sistema de proteção de direitos humanos. Não teria de ser necessariamente assim: a experiência histórica do Direito Romano, baseado em *actiones* e não no que hoje consideramos situações jurídicas subjetivas substantivas às quais só num momento logicamente posterior se associam direitos processuais, e a necessidade de encontrar uma linguagem jurídica comum entre vários sistemas jurídicos, poderia ter conduzido o direito internacional noutra sentida. Em boa verdade, porém, só com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas, teve início um tempo de uma nova consciência jurídica geral que viria a reclamar a noção de “sistema de proteção” de direitos humanos. Ainda que possamos discutir o verdadeiro significado da DUDH, bem como o do tempo que a antecedeu no que toca à ideia de direitos humanos,⁹ esse foi um momento capital na autonomização do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

9. Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History* (Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2012), 11 e seguintes.

Como noutro lugar já escrevi,¹⁰ o DIDH distancia-se do Direito Internacional Público em termos subjectivos (sujeitos), objectivos (objecto e garantia), principiologicos (princípios), e formais (fontes). Tais elementos distintivos implicam, consequentemente, um tipo diferente de relação jurídica em face daquela que o Direito Internacional Público classicamente disciplina. Em termos subjectivos, o distanciamento do DIDH face ao Direito Internacional Público é determinado pela primazia ou centralidade da pessoa, e já não do Estado. O indivíduo não é aqui um “sujeito menor” relativamente a outros que podem considerar-se os sujeitos primordiais do Direito Internacional Público (designadamente, o Estado e as organizações internacionais). Tal primazia da pessoa é ela mesma normativa, produzindo consequências ao nível dos sujeitos — titular (de direitos ou outras situações activas) e destinatários (de deveres). Para R. Alexy,¹¹ tal justifica a característica da universalidade dos direitos humanos. Independentemente dessa mesma justificação (que se liga também à distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais), a explicação da titularidade está em que os direitos humanos são direitos que têm todos os seres humanos, como indivíduos, independentemente de um título aquisitivo. Já ao nível dos destinatários há que distinguir. Sendo direitos *erga omnes*, ou de todos frente a todos, o destinatário é não apenas o Estado, mas mesmo outros indivíduos ou grupos. Mas então faz-se necessária uma outra distinção: entre direitos absolutos, frente a todos, seja o Estado ou outros indivíduos (ex.: direito à vida); e direitos relativos, que apenas fazem sentido relativamente a uma certa categoria de destinatários (ex.: direito ao voto frente ao Estado). Em termos objectivos (objecto e garantia), o DIDH autonomiza-se do Direito Internacional Público em razão da especificidade das situações jurídicas activas (direitos), das situações jurídicas passivas (deveres ou obrigações correlativas) e do tipo de protecção (garantia). Esta especificidade surpreende-se em dois aspectos essenciais: *i)* em primeiro lugar, é uma especificidade eminentemente ligada à titularidade: enquanto as

10. Rui Guerra da Fonseca, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, 54 e seguintes.

11. Robert Alexy, “La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 8 (enero-junio 2000): 24 e seguintes.

situações jurídicas activas no domínio do DIP são funcionais, porque tituladas por pessoas colectivas que são elas próprias funcionais ou instrumentais (o Estado e as organizações internacionais), os direitos humanos têm por justificação imediata o próprio indivíduo, protegendo-o enquanto pessoa, ou em dimensões da sua pessoalidade que se foram autonomizando historicamente em razão de necessidades de natureza vária; *ii*) em segundo lugar, é uma especificidade originária, na medida em que os direitos humanos constituem esferas de protecção contra o próprio Estado, reconhecidos pelo direito positivo, e não *prima facie* de origem contratual como a generalidade das situações activas no DIP.

Por outro lado, também a respeito das obrigações ou deveres decorrentes dos direitos humanos, o DIDH se autonomiza do DIP, dado que os Estados, ao ratificarem tratados ou convenções sobre matéria de direitos humanos, assumem tais deveres, não perante outros Estados, mas perante pessoas: daí que a literatura de referência muitas vezes utilize a expressão "*special character*" para caracterizar tais obrigações. Há vários reflexos desta especialidade, mas ela mostra uma orientação distinta do DIDH face ao DIP, designadamente, degradando a importância da vontade dos Estados (que é um pilar do DIP) e relativizando nesse contexto a noção da sua soberania. Tal implica uma certa tensão entre matéria e forma, entre os direitos humanos em termos materiais e a sua "submissão" ao direito dos tratados: pois os Estados ao aderirem a instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos não deixam de o fazer voluntariamente (deixando de parte as fontes não voluntárias), mas todo o regime subsequente relativiza a sua vontade, uma vez que o que se institui é uma garantia contra o próprio Estado *prima facie*. Por isso se pode considerar que, face ao DIP, o DIDH tem uma dimensão simultaneamente "radical" e "revolucionária",¹² suportada na teleologia "quasi-constitutional" das fontes voluntárias. As obrigações assumidas pelos Estados no domínio do DIDH são assim por vezes vistas como promessas perante a comunidade internacional e os próprios indivíduos, ou essa mesma assunção como declarativa e não como

12. Frédéric Mégret, "Nature of Obligations," in *International Human Rights Law*, ed. Daniel Moekli and Sangeeta Shah, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2018), 86 e seguintes.

constitutiva: assim como os direitos são reconhecidos, é reconhecida a (hetero) vinculatividade das correspondentes obrigações, com eficácia *erga omnes*. A primeira referência ao carácter especial dos tratados sobre direitos humanos parece encontrar-se num parecer consultivo solicitado ao TIJ pela Assembleia Geral da ONU a respeito de reservas à Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio ("*Reservations to the Genocide Convention, 28-05-1951*"), onde o TIJ distinguiu os tratados ditos normais dos tratados de direitos humanos ou sobre questões humanitárias: no domínio destes últimos, os Estados não teriam interesses próprios, apenas partilhando um interesse comum a todos, consistente precisamente nos objectivos da Convenção, que constituem a sua razão de ser. As obrigações dos Estados não poderiam, por isso, ser vistas numa lógica tradicional de vantagens/desvantagens mútuas, nem de equilíbrio contratual entre direitos e deveres. A Comissão Europeia dos Direitos Humanos adoptou entendimento idêntico, expresso no caso *Austrian v. Italy* (caso *Pfunders*, 1961), qualificando como "objectivas" as obrigações assumidas pelos Estados partes na CEDH, querendo com isso significar que as mesmas não têm como contraponto direitos dos outros Estados partes, mas antes direitos dos indivíduos: os beneficiários das obrigações assumidas pelos Estados partes não são eles mesmos partes na própria Convenção, que assim se afasta da bilateralidade sinalagmática para se aproximar de um *pactum* (de reconhecimento de direitos e assunção de obrigações) a favor de terceiros. Estes aspetos manifestam-se numa principiologia garantística, que espelha bem como o DIDH se insere num movimento de internacionalização do indivíduo, que parte da afirmação da dignidade humana, colocando em causa "um dos principais dogmas em que assenta o Direito Internacional, qual seja o do carácter de Direito de cooperação entre Estados soberanos, que não conhece legislador, nem juiz, nem sanção fora do quadro do consentimento estadual".

A complexidade dos sistemas de proteção dos direitos humanos não está desligada, como se vê, da complexificação do seu próprio enquadramento teórico. Não parece especialmente útil, neste momento pelo menos, discutir

qual complexificação precede qual. O que parece mais relevante é notar, desde logo, que a complexificação dos sistemas de proteção de direitos humanos é assimétrica em termos consequenciais para os seus destinatários principais, as pessoas. Com efeito, entre os sistemas regionais existem assimetrias naturais que decorrem da diferenciação institucional e de instrumentos internacionais: sendo distintos os Estados partes, as convenções fundacionais e as instituições que compõem ambos, o sistema do Conselho da Europa nunca teria a mesma linha de desenvolvimento que o sistema Interamericano, e isso produz consequências ao nível dos resultados em termos de efetividade de proteção. Já no que respeita ao sistema global, desenvolvimentos e complexificações gerais traduzem-se de modos diferentes nos distintos Estados partes e, por conseguinte, na efetividade da proteção de direitos das pessoas: é evidente que os resultados da atuação dos vários elementos do sistema onusiano se produzem de modo diverso na Noruega e na Nigéria, o que se prende com o grau de desenvolvimento desses países, mas, sobretudo, com aspectos institucionais. De todo o modo, isto é assim em razão de um aspeto determinantemente justificante da progressiva complexificação destes sistemas: a sua evolução para uma forma de controlo dos poderes públicos, e não apenas (e nalguns, não sobretudo) para uma garantia mais efetiva de direitos individuais.

Já ensaiei uma explicação deste tipo a respeito das sentenças do TEDH, no sentido de que as mesmas se aproximaram, progressivamente, das sentenças dos tribunais domésticos que têm a seu cargo julgar a atuação dos poderes públicos.¹³ Essa explicação é, no entanto, suscetível de generalização. Aliás, no plano do sistema global das Nações Unidas, isso é particularmente visível. O conjunto de mecanismos de tipo relatorial de que dispõem vários organismos ou os mecanismos de apreciação de queixas interestaduais — i.e., tudo aquilo que não consiste na apreciação de queixas individuais que implique a apreciação de situações (jurídicas) concretas — traduz uma espécie de tutela sobre os Estados

13. Rui Guerra da Fonseca, "Acórdãos e decisões e os respetivos efeitos", em *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. III, coord. Paulo Pinto de Albuquerque (Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020), 3165 e seguintes.

partes que não se destina a garantir um certo direito de certo indivíduo, mas antes a produzir resultados estruturais ou sistêmicos a respeito de certo direito mas em termos gerais (por exemplo, liberdade de expressão de jornalistas num certo Estado) ou de um conjunto de direitos em termos gerais (por exemplo, condições prisionais num certo Estado).

Esta complexificação, sendo virtuosa em vários planos, tem consequências que importa ter presentes. Designadamente, sem prejuízo de resultados que consigam obter-se na sequência da identificação de problemas estruturais de direitos humanos, isso pode tornar os Estados menos disponíveis para acatar decisões quanto a casos concretos com a justificação da motivação política (não jurídica) destas últimas. São vários os casos de uma “resistência de princípio” à execução espontânea de sentenças de tribunais supraestaduais por parte dos Estados nelas condenados, com argumentos relativos ao caráter político dessas decisões, nas quais da perspectiva desses Estados, são ultrapassados os limites da jurisdição do tribunal em causa (*ultra vires*). Pode parecer, à partida, não existir relação entre tais episódios e a complexificação dos sistemas em que eles ocorrem. Porém, na medida em que a complexificação traduz um adensar de mecanismos de tipo tutelar sobre os Estados, é inevitável que estes estabeleçam uma tal relação, ainda que implícita, e que o atribuam a uma convergência em tentativas de um constitucionalismo supra-estadual ao qual reagem. É natural que os Estados o pensem, porque é precisamente disso que se trata, e a especialização do DIDH face ao DIP (cfr. *supra*) mostra uma parte da explicação desse movimento.

Esta complexificação não tem retorno, senão através da destruição de organizações e convenções internacionais. Pese embora venhamos assistindo nos últimos anos a um acentuar de propostas desta última tendência, não parece que vá ser o caminho da realidade internacional a prazo. Por isso, é importante encontrar uma legitimação racional e razoável, no plano jurídico-político, para a referida ampliação de um controlo tutelar sobre os Estados em matéria de cumprimento de obrigações e *standards* emergentes de instrumentos interna-

cionais reguladores dos direitos humanos, ao mesmo tempo que se salvaguarda a posição dos tribunais supranacionais de uma contaminação no que toca à autoridade e execução das suas sentenças em matéria de direitos humanos.

A complexidade dos sistemas de proteção de direitos humanos releva ainda noutra plano, como acima ficou indiciado: o da igualdade. Essa complexidade tende a ser menos relevante, isto é, a provocar menos consequências negativas no que toca à garantia dos direitos humanos de pessoas que se encontram em (mas não necessariamente cidadãos de) Estados desenvolvidos e que se regem, consolidadamente, pelos princípios do Estado de direito democrático. Nestes, o conhecimento das possibilidades de tutela judicial tende a ser mais difundido, o apoio profissional a quem pretende fazer valer os seus direitos mais amplo, e os custos inerentes a tais iniciativas mais suportáveis. Esta temática é demasiado complexa para poder ser aqui desenvolvida. Importa, no entanto, ter presente que a complexidade de que aqui se trata é suscetível de aumentar a desigualdade (universal) no acesso ao bem “justiça” na garantia supranacional dos direitos humanos. Esta desigualdade é, por seu turno, geradora de um paradoxo: os direitos humanos universais, que são os mais essenciais à condição humana, vêem a sua garantia ser mais variável do que a dos direitos fundamentais (de base constitucional). Ainda que isso seja explicável em razão de vários fatores — desde logo, operarem os direitos fundamentais no contexto de uma certa comunidade política e de um poder político organizado e com um núcleo central constitucionalmente bem definido —, que hoje são recuperados em resposta a uma esperança porventura injustificada na potencialidade dos direitos humanos, aquele paradoxo não deixa de verificar-se, mesmo sendo diferente a natureza de direitos humanos e direitos fundamentais. E há um risco nesse paradoxo: o de um progressivo abandono dos direitos humanos como figura jurídica, como situação jurídica, numa espécie de movimento pendular que, depois de uma (hiper?)valorização, viaja agora até ao ponto oposto.

REFERÊNCIAS

Alexy, Robert. "La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático". *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 8 (enero-junio 2000): 21-43.

Barreto, Ireneu Cabral, e Rui Guerra da Fonseca. "A 'doutrina Bosphorus' e a tendência para a ampliação da jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: algumas notas". Em *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Sousa Ribeiro*, II:573-592. Coimbra: Almedina, 2019.

Fonseca, Rui Guerra da. "A internacionalização da organização administrativa: comentários a respeito da necessidade e das dificuldades de uma (nova) teoria geral". Em *Organização Administrativa: Novos Atores, Novos Modelos*, organizado por Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 1:73-104. Lisboa: AAFDL, 2018.

Fonseca, Rui Guerra da. "Acórdãos e decisões e os respetivos efeitos". Em *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, coordenado por Paulo Pinto de Albuquerque, III:3165-3190. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.

Fonseca, Rui Guerra da. "Conselho da Europa". Em *Enciclopédia Luso-Brasileira de Direito Internacional*, coordenado por Dário Moura Vicente et al., 275-278. Lisboa: D. Quixote, 2023.

Fonseca, Rui Guerra da. "O Conselho da Europa. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos". Em *Organizações Internacionais*, coordenado por João Mota de Campos e Manuel Almeida Ribeiro, 627-674. 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2022.

Fonseca, Rui Guerra da. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Lisboa: AAFDL, 2018.

Mégret, Frédéric. "Nature of Obligations." In *International Human Rights Law*, edited by Daniel Moeckli and Sangeeta Shah, 86-105. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

Moyn, Samuel. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2012.

Received on 30/04/2025

Approved on 05/05/2025